



Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino

Famiglie transfrontaliere: regimi patrimoniali e successori

A cura di Ilaria Riva



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO
23/2021

Comitato scientifico dei Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Manuela Consito, Francesco Costamagna, Eugenio Dalmotto, Riccardo de Caria, Edoardo Ferrante, Domenico Francavilla (coordinatore), Valerio Gigliotti, Matteo Losana, Valeria Marcenò, Lorenza Mola, Luciano Olivero, Francesco Pallante, Margherita Salvadori, Giovanni Torrente

Famiglie transfrontaliere: regimi patrimoniali e successori

Casi di studio

Atti del Convegno di Torino,
8 novembre 2019

a cura di
Ilaria Riva



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

La presente opera è stata sottoposta a revisione da parte di una Commissione di Lettura di docenti del Dipartimento nominata dal Comitato Scientifico della Collana in conformità al Regolamento delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Famiglie transfrontaliere: regimi patrimoniali e successori. Casi di studio, a cura di Ilaria Riva

© 2021 – Università degli Studi di Torino
Via Verdi, 8 – 10124 Torino
www.collane.unito.it/oa/
openaccess@unito.it

ISBN: 9788875901875

Prima edizione: ottobre 2021

Grafica, composizione e stampa: Rubbettino Editore



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione – Non commerciale – Non opere derivate 4.0 Internazionale

Indice

Introduzione 7

Prima sezione
I rapporti patrimoniali delle coppie
di diversa nazionalità

Roberto Garetto

Una nuova tassonomia per i nuclei familiari?
Prospettive e problemi nella nuova regolamentazione
UE in Italia e in Europa 11

Lucia Ruggeri

Linee evolutive dei rapporti patrimoniali di famiglia
tra diritto europeo e prassi nazionale 37

Eleonora Bazzo

La legge applicabile nei regimi patrimoniali
delle coppie internazionali: novità e casi pratici 53

María José Cazorla González

L'individuazione della legge applicabile ai regimi patrimoniali
tra coniugi in Europa: studio sulla base di un caso 69

Giacomo Oberto

I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo 85

Giorgio Baralis

Riflessioni minimali in tema di nuclei familiari,
specie in punto costituzionalità 117

Seconda sezione
Successioni transfrontaliere

Ilaria Riva

Il quadro normativo introdotto dal Regolamento UE
n. 650/2012 sulle successioni transfrontaliere 123

Fabio Padovini

La revisione del codice civile: semplificazione ereditaria
e certificato successorio 139

Le Autrici e gli Autori

145

Introduzione

L'elevata mobilità delle persone nel contesto europeo e il consistente fenomeno migratorio da Paesi extra-UE hanno incrementato le probabilità di entrare in contatto con vicende familiari connotate da elementi di internazionalità: molte persone e per svariate motivazioni lasciano il proprio Paese d'origine per trasferirsi in un altro Stato, nel quale fissano la propria residenza abituale, in via definitiva, ovvero fino al giorno della propria morte, o soltanto per un determinato periodo di tempo, decorso il quale fanno ritorno nel luogo di provenienza o in alternativa si spostano in un diverso Stato; la scelta di lasciare il proprio Paese può riguardare l'individuo da solo o invece l'intera famiglia; nella prima ipotesi, si apre la possibilità di costituire una relazione affettiva con persona di diversa nazionalità, dello stesso o di diverso sesso; nella seconda ipotesi, ci si troverà di fronte a un nucleo familiare già costituito, di norma composto da persone della medesima nazionalità, radicato in un contesto socio-giuridico potenzialmente molto distante da quello di provenienza. In ogni caso, le probabilità che alla morte di una persona il patrimonio ereditario sia composto di cespiti situati in diversi Stati sono molto alte. Dalle descritte vicende scaturiscono problematiche giuridiche di differente natura e di elevata complessità. Tra di esse, emerge la straordinaria importanza, per l'operatore giuridico e ancora prima per le persone direttamente coinvolte, di definire quale sia la legge applicabile alla successione per causa di morte e ai rapporti patrimoniali della famiglia. Emerge, più in generale, la necessità di confrontarsi con il pluralismo dei modelli familiari e con la varietà di regimi regolatori del mondo globalizzato.

Recenti Regolamenti europei hanno innovato il panorama normativo in questi ambiti, primariamente con l'obiettivo di dettare regole uniformi sotto il profilo del diritto applicabile e della competenza giurisdizionale, ma con ineludibili implicazioni anche di diritto sostanziale. Lo studioso del diritto successorio e del regime patrimoniale delle famiglie difficilmente oggi può fare a meno di confrontarsi con essi: il Regolamento UE

n. 650/2012, applicabile alle successioni apertesi a partire dal 17 agosto 2015, ha radicalmente innovato il sistema italiano di diritto internazionale privato relativamente alle successioni per causa di morte, ad esempio sostituendo al criterio della cittadinanza quello della residenza abituale del defunto al momento della morte per l'individuazione della legge applicabile alla sua successione, mentre i Regolamenti UE 1103 e 1104 del 2016, operativi a decorrere dal 29 gennaio 2019, si occupano di definire la legge applicabile in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Nel quadro descritto si pone il presente volume, che raccoglie gli atti di un Convegno tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino l'8 novembre 2019, divisi in due sezioni, la prima dedicata ai regimi patrimoniali di famiglia, la seconda allo statuto successorio.

A distanza di alcuni anni dall'entrata in vigore di questi Regolamenti, e a fronte delle prime ma importanti prese di posizione della Corte di Giustizia UE in materia, l'opera propone una riflessione corale, che intende coniugare considerazioni di ordine generale con analisi di casi concreti, nell'intento di offrire nuovi strumenti di comprensione e di analisi.

Ilaria Riva

Prima sezione
I rapporti patrimoniali delle coppie
di diversa nazionalità

Una nuova tassonomia per i nuclei familiari? Prospettive e problemi nella nuova regolamentazione UE in Italia e in Europa

SOMMARIO: 1. L'evoluzione sociale della coppia e della famiglia nel contesto europeo. – 2. Quadro tassonomico dei nuclei familiari nell'Unione europea. – 3. Ipotesi di *limping status* di unioni riconosciute all'interno dell'Unione europea. – 4. Pluralità di modelli di unione e regolamentazione patrimoniale del rapporto. – 5. Specificità dell'unione registrata nella fase patologica del rapporto. – 6. Soluzioni giurisprudenziali al problema dell'«asimmetria» fra unione registrata e matrimonio.

1. *L'evoluzione sociale della coppia e della famiglia nel contesto europeo*

Negli ultimi decenni è riscontrabile, in tutta Europa, una significativa evoluzione dei rapporti di coppia e dei modelli familiari ad essi connessi¹. Il processo si è avviato nell'area nord-occidentale del continente a partire dagli anni '60 del secolo scorso. Superati ormai i modelli di famiglia estesa, la famiglia era caratterizzata allora dalla coesistenza nello stesso nucleo di due generazioni: genitori (rigorosamente eterosessuali e – salvo rarissime eccezioni – coniugati) e figli (biologici, salvo ipotesi di adozione): appunto la cosiddetta «famiglia nucleare»². L'evoluzione degli stili di vita andava tuttavia cambiando gradualmente l'atteggiamento della società

1. La ricostruzione dell'evoluzione della famiglia nel contesto dell'Unione europea è parte di un recente studio sul diritto europeo della famiglia e delle successioni nell'ambito del progetto europeo «Personalized Solution in European Family and Succession Law». I risultati completi di questo studio sono raccolti in: *Family Property and Succession in EU Member States. National Reports on the Collected Data*, a cura di L. Ruggeri, I. Kunda e S. Winkler, Rijeka, 2019. Per la presentazione dei risultati della ricerca qualitativa condotta, nell'ambito del progetto europeo, sulle formazioni familiari nel contesto sociale, cfr. R. GARETTO, *Social Perspective Related to Family Formations in the European Union*, in *Report on Collecting Data. Methodological and Taxonomical Analysis*, a cura di R. Garetto, Torino, 2019, 1 ss.

2. M.R. MARELLA - G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Bari, 2014, 24.

nei confronti della famiglia. Una mentalità più tollerante e flessibile ha consentito pertanto di rimodulare i rapporti di coppia, ed *in primis* il matrimonio. Dalla fine degli anni '70 l'evoluzione della società ha interessato più direttamente l'area dell'Europa mediterranea, dove, poco a poco, hanno cominciato a diffondersi gli stili di vita che erano tipici del nord Europa³. Oggi la «famiglia nucleare», formazione un tempo prominente, sta iniziando gradualmente a perdere terreno⁴ e siamo di fronte ad un più ampio spettro di formazioni familiari⁵.

Agli albori del nuovo millennio due aspetti particolarmente innovativi sono emersi in tema di coppia: il riconoscimento, alle persone dello stesso sesso, del diritto di contrarre matrimonio e la possibilità, per persone di sesso opposto o uguale, di stipulare unioni registrate.

Quanto al primo aspetto, ampiamente dibattuto, ne è nota la portata politica a livello di principi giuridici, ancor prima che di trasformazione sociale⁶. Negli ultimi decenni, l'accettazione sociale delle relazioni omosessuali è gradualmente aumentata nella maggior parte degli Stati membri. Molti di questi, specialmente nell'Europa centro-settentrionale ed occidentale (inclusa, in parte, l'area mediterranea), ora riconoscono il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Minore attenzione si tende invece a conferire al secondo aspetto, in sé tutt'altro che trascurabile. Nel contesto

3. Permangono, tuttavia, differenze significative tra famiglie con legami familiari relativamente «deboli» e altre, principalmente nell'Europa meridionale, con legami familiari «più forti». Cfr. D.S. REHER, *Familia y sociedad: el legado de la historia en el mundo contemporáneo (Family and society: the legacy of the history in the contemporary world)*, in *Vasconia*, 28, 1999, 12: «[e]n el mundo occidental no es difícil identificar zonas de familia y de lazos familiares relativamente “fuertes” frente a otras en las que estos son relativamente “débiles”. La geografía de estos tipos (...) es bastante más sencilla, con el centro y sobre todo el norte del continente europeo, así como la sociedad norteamericana, siendo caracterizados por unos lazos familiares relativamente débiles y la región mediterránea por una familia fuerte».

4. Cfr. M.R. MARELLA - G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., 90: «[s]ebbene oggi si notino delle aperture, che passano per la definizione del matrimonio come comunione di vita duratura, non più finalizzata alla procreazione, e per un'interpretazione maggiormente inclusiva di vita familiare, la famiglia nucleare, eterosessuale, fondata sul matrimonio continua a giocare un ruolo disciplinare rilevante». Sul tema si veda anche M. DI MASI, *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, in *Familia*, 2018, 248 s.

5. T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 615: «[è] un dato di esperienza che nella società contemporanea, caratterizzata da una profonda complessità, la relazione affettiva di coppia venga vissuta secondo una pluralità di modelli anche profondamente diversi fra di loro».

6. M.R. MARELLA - G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., 95.

sociale europeo il matrimonio non è più considerato il presupposto per vivere in coppia ed avere figli⁷; le famiglie oggi si fondano quindi spesso su unioni non matrimoniali (convivenza ed anche, dove consentito, forme di unione registrata). Questo tipo di unioni si originavano in passato da esigenze diverse: il desiderio di una condivisione di vita per quanti, per diversi motivi, non potevano accedere al matrimonio (ad esempio: persone separate in attesa di divorzio e coppie dello stesso sesso) o comunque non volevano sposarsi (spesso per ragioni ideologiche o convinzioni personali). Oggi la progressiva velocizzazione dell'*iter* per giungere al divorzio, riscontrabile in molti ordinamenti, ed il numero crescente di Paesi europei che consentono a persone dello stesso sesso di accedere al matrimonio rendono quantitativamente meno rilevante la prima ipotesi; significativa – e non esente da profili di problematicità – resta invece la seconda ipotesi. Essa si caratterizza sul presupposto che l'unione, sia di fatto che – dove consentito – registrata, costituisce una libera scelta delle parti, che avrebbero potuto optare per il matrimonio. È, in questi casi, spesso ravvisabile una forte enfasi sulla realizzazione personale e sull'uguaglianza tra i membri della coppia⁸. Resta tuttavia aperta la questione delle unioni registrate, modello non omogeneamente diffuso nell'Unione europea e, quando previsto nei singoli ordinamenti, spesso selettivamente circoscritto sul presupposto dell'orientamento sessuale dei membri della coppia.

2. Quadro tassonomico dei nuclei familiari nell'Unione europea

Attualmente solo tredici Stati membri – meno della metà dei componenti dell'Unione europea – consentono alle coppie dello stesso sesso di unirsi in matrimonio (Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia,

7. Sulla nozione «tradizionale» di matrimonio e famiglia, cfr. J.M. SCHERPE, *Formal recognition of adult relationships and legal gender in a comparative perspective?*, in *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, a cura di C. Ashford e A. Maine, Northampton, 2020, 17: «[u]ntil fairly recently, family law was solely focused on marriage, understood as the union of a man and a woman for life. Indeed, families were only created through and by that kind of marriage, and any adult relationship beyond that was not even deemed to be family».

8. In questo tipo di formazione familiare la vita in coppia rappresenta l'obiettivo principale e la procreazione occupa perlopiù un posto secondario ed è spesso esclusa, anche nelle coppie eterosessuali. Cfr. R. GAROTTO, *Social Perspective Related to Family Formations in the European Union*, cit., 3.

Germania, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia). La strada fu aperta dai Paesi Bassi nel 2001; l'ultimo Stato membro ad aver riformato la disciplina matrimoniale in questo senso è – come meglio si dirà più avanti – l'Austria nel 2019. Poiché a livello sociale pare ormai assodato che, fra le componenti costitutive di una relazione di coppia, si tende progressivamente ad attribuire «minor peso» all'eterosessualità⁹, è ragionevole ritenere che in futuro anche altri Stati membri possano consentire alle coppie dello stesso sesso la celebrazione del matrimonio, consolidando così una linea di tendenza ventennale.

Anche le unioni registrate costituiscono una realtà piuttosto recente all'interno dell'Unione europea. La Danimarca fu il primo Stato membro ad adottarle nel 1989¹⁰. La loro originaria funzione era quella di offrire un riconoscimento – diverso dal matrimonio, ancora rigorosamente eterosessuale – alle coppie costituite da persone dello stesso sesso. Solo in un secondo tempo, in parallelo con l'estensione alle coppie omosessuali della possibilità di contrarre matrimonio, alcuni Stati membri hanno consentito anche alle coppie costituite da persone di sesso opposto di accedere all'istituto dell'unione registrata.

Considerando la particolare funzione originaria delle unioni registrate, si comprende come oggi esse abbiano una diffusione non uniforme all'interno dell'Unione europea ed una disciplina piuttosto differenziata. Attualmente nove Stati membri permettono a tutte le coppie, di sesso opposto o dello stesso sesso, di registrare la propria unione (Austria, Belgio, Cipro, Estonia, Francia, Grecia, Lussemburgo, Malta e Paesi Bassi), mentre cinque Stati membri (Croazia, Italia, Repubblica Ceca, Slovenia e Ungheria) consentono la registrazione dell'unione esclusivamente a coppie dello stesso sesso. Il modello di unione registrata – consentito a tutti, indifferentemente dal sesso, o riservato in via esclusiva alle coppie omosessuali – è presente complessivamente in quattordici Stati membri. In anni passati altri cinque Stati membri (Danimarca, Finlandia, Germania, Irlanda e Svezia), prima di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto

9. Cfr. M. CRISCI - A. BUONOMO - M.G. CARUSO, *I nuovi volti della famiglia italiana: dinamiche recenti e aspetti evolutivi*, in *Rivista delle Politiche Sociali*, 2019, 79.

10. Cfr. E.D. ROTHBLUM, *Same-Sex Marriage and Legalized Relationships: I Do, or Do I?*, in *Journal of GLBT Family Studies*, 1.1, 2005, 23. Qualche anno dopo, sempre in area scandinava, anche Norvegia (1993), Svezia (1995) e Islanda (1996) – quest'ultima, all'epoca, in fase negoziale per l'ingresso nell'Unione europea – consentirono unioni registrate fra persone dello stesso sesso. Si veda al riguardo: K. BOELE-WOELKI, *Private International Law Aspects of Registered Partnerships and Other Forms of Non-Marital Cohabitation in Europe*, in *Louisiana Law Rev.*, 60.4, 2000, 1053 s.

di contrarre matrimonio, prevedevano che esse potessero stipulare unioni registrate; tali unioni risultano tuttora valide, qualora le parti non abbiano optato per convertirle in matrimonio. Otto Stati membri non prevedono l'istituto dell'unione registrata, a prescindere dal sesso delle parti. Va tenuto presente che sei fra questi Stati (Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovacchia) non consentono alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio¹¹, a differenza degli altri due (Portogallo e Spagna), che lo permettono.

Tali dati offrono spunti per una riflessione sulla possibile evoluzione dell'istituto delle unioni registrate. Laddove esse siano concepite come una sorta di «sucedaneo al matrimonio»¹² per le coppie costituite da persone dello stesso sesso, pare individuabile una linea di tendenza che va verso la loro progressiva scomparsa. Esse tendono a venire, in un certo senso, «riassorbite» dal matrimonio allorchè tale istituto subisca un'espansione tale da elidene la preclusione a causa dell'identità del sesso. Questo ci è confermato dalle scelte legislative dei cinque Stati membri – cui sopra si è fatto cenno – i quali, contestualmente all'introduzione del matrimonio *same-sex*, hanno espunto dal proprio ordinamento il modello di unione civile (fatte salve le situazioni precedentemente costituite).

Conferma di tale tendenza ci è fornita anche dalla Spagna, sebbene da una prospettiva antitetica. Tale Stato nel 2005, discostandosi dalla modalità che fino ad allora era risultata prevalente in area nordeuropea, non è passato attraverso la fase prodromica dell'unione registrata prima di giungere ad approvare una legge che consentisse alle coppie costituite da persone dello stesso sesso di accedere al matrimonio¹³. Tenuto presente che la Spagna ha un sistema «plurilegislativo»¹⁴, va detto che, già in precedenza, in molte Comunità autonome si era provveduto a fornire riconoscimento

11. I dati riportati sono sistematicamente ricostruiti in: S. DE SIMONE, *Taxonomical Table Related to Models of Couple in the European Union*, in *Report on Collecting Data*, cit., 24 ss.

12. L'icastica espressione è di G. OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge*, in *Fam. e dir.*, 2015, 172.

13. Cfr. P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Las uniones de personas del mismo sexo: las opciones de regulación y sus implicaciones jurídicas*, in *Derecho privado y Constitución*, 20, 2006, 193; R. GARETTO, *Presupposti per una «ridefinizione» concettuale del matrimonio. Il dibattito fra sostenitori della tradizione e fautori del cambiamento negli Stati Uniti d'America ed in Spagna*, in *Annali della Facoltà Giuridica Università di Camerino*, 2015, 98.

14. Cfr. M.J. CAZORLA GONZÁLEZ, *Ley aplicable al régimen económico matrimonial después de la disolución del matrimonio tras la entrada en vigor del Reglamento UE 2016/1104*, in *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 21, 2019, 93.

alle coppie – sia omosessuali, sia talvolta anche eterosessuali – attraverso forme di registrazione dell'unione. Il *Tribunal Supremo*, con sentenza del 12 settembre 2005¹⁵, non ha ritenuto necessario individuare forme di estensione sul piano nazionale dell'istituto delle unioni registrate¹⁶. Ciò in quanto, dopo la promulgazione delle leggi n. 13 e n. 15/2005¹⁷, con le quali si consentiva la celebrazione del matrimonio a prescindere dal sesso delle parti e si acceleravano le procedure di scioglimento del matrimonio, se i partner non si uniscono in matrimonio, significa che essi non desiderano che lo statuto che caratterizza il matrimonio trovi in alcun modo applicazione nel loro rapporto¹⁸. La decisione del *Tribunal Supremo* si pone in una prospettiva logica ineccepibile: incrementando l'elasticità dell'istituto matrimoniale, forme da esso distinte – ma assimilabili per funzione – sono superflue. Tuttavia la carenza di una normativa statale per disciplinare le unioni registrate lascia aperte questioni di diritto domestico¹⁹ e pone interrogativi rispetto all'applicabilità di strumenti europei alle unioni registrate che le singole Comunità autonome regolano con *leyes autonómicas*²⁰. Inoltre il *Tribunal Supremo* sembra non dar peso ad

15. Tribunal Supremo, sentenza del 12 settembre 2005, STS 5270/2005, testo disponibile al sito: www.poderjudicial.es, consultato il 5 novembre 2020. Nella sentenza si legge: «*hoy por hoy, con la existencia del matrimonio homosexual y del divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias*».

16. Ogni applicazione analogica della disciplina matrimoniale alle unioni registrate – quali regolate nelle singole Comunità autonome – sarebbe peraltro ingiustificata, poiché lederebbe la libertà stessa dei partner che hanno optato per l'unione registrata in luogo del matrimonio. Cfr. M. J. CAZORLA GONZÁLEZ, *Ley aplicable al régimen económico matrimonial*, cit., 89.

17. *Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, del 2 luglio 2005 e *Ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, dell'8 luglio 2015.

18. Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Perspectivas sobre el «matrimonio» entre personas del mismo sexo*, in *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, a cura di C. Martínez de Aguirre Aldaz e P. de Pablo Contreras, Madrid, 2007, 23 s.: «*una vez que el matrimonio civil ha asumido el ámbito subjetivo y las características jurídicas propios de las uniones de hecho ¿qué sentido tiene establecer otro estatuto, semejante pero no idéntico al matrimonial, para quienes no han querido casarse, pudiendo hacerlo?*».

19. M. SERRANO-FERNÁNDEZ, *Una propuesta de regulación de una ley estatal de parejas de hecho*, in *Anuario de derecho civil*, 61, 2008, 544 ss.

20. Sulle problematiche connesse all'applicabilità della normativa UE, ed in particolare del Regolamento 2016/1104, cfr. M. SOTO MOYA, *El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: Algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de derecho internacional privado Council Regulation*

un aspetto in sé rilevante. Taluni possono optare per l'unione registrata sulla base di considerazioni culturali o ideologiche relative al matrimonio; la loro esigenza di formalizzare in altro modo la propria unione parrebbe meritevole di attenzione.

3. *Ipotesi di limping status di unioni riconosciute all'interno dell'Unione europea*

Il quadro delineato ci permette di comprendere come, all'interno dell'Unione europea, sia non solo possibile, ma anche frequente, che i membri di coppia, la cui unione è legalmente riconosciuta in uno Stato membro, non abbiano la possibilità di veder riconosciuto il proprio *status* allorché si trasferiscano in altro Stato membro. Tale ipotesi nel contesto del *common law* si denomina *limping status*²¹. Questa carenza di riconoscimento, che contrasta con il principio *locus regit actum*²², è sotto diversi profili non auspicabile²³. Essa pare inoltre ingiusta per le parti, perché non

(EU) 2016/1104 in *Matters of the Property Consequences of Registered Partnerships: Some Controversial Issues from its Implementation in the Spanish IPL System*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 35.1, 2018, 22; D. MARÍN CONSARNAU, *Las "uniones registradas" en España como beneficiarias del derecho de la UE A propósito de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104 – Spanish "registered partnerships" as beneficiaries of EU law according to the Directive 2004/38 (EC) and the Regulation (EU) 2016/1104*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9, 2017, 420 ss.

21. M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, *Private International Law Implications of «Equal Civil Partnerships»*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 68, 2019, 165, sub nota 25: «[a] 'limping' partnership is one which is valid and recognized in one country, but denied validity and recognition in another».

22. Considerando pure il concorrente principio *lex loci celebrationis*, pare che se questo dovesse prevalere sul principio *locus regit actum* la possibilità di ingenerare un *limping status* tenderebbe ad essere maggiore. Cfr. I.F. BAXTER, *Recognition of Status in Family Law. A Proposal for Simplification*, in *Canadian Bar Review*, 39, 1961, 344: «[a] universally adopted system whereby formal validity is referred to the *lex loci celebrationis* and essential validity to personal law would give rise to a higher rate of "limping" marriages than a universally adopted system of applying *locus regit actum* to total validity».

23. Cfr. F. DEANA, *Cross-border continuity of family status and public policy concerns in the European Union*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 40, 2019, 1982: «[I]mping status might cause devastating consequences to status holder and his/her family members, such as impossibility to gain the citizenship of a given State, benefit from migration rights like family reunification and determine who holds parental responsibility or obligations of maintenance to a child or to a former spouse following divorce»; M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, *Private International Law*, cit., 166: «[I]mping status can result in an arbitrary denial of all

tiene in conto le situazioni giuridiche soggettive e, a livello assiologico, implica la negazione di valori essenziali – in particolare l'uguaglianza – e lede la dignità della persona umana, principio cardine all'interno dell'ordinamento costituzionale europeo²⁴. Sebbene il concetto di *limping status* si sia posto originariamente in relazione con situazioni matrimoniali fra persone di sesso opposto²⁵, l'emergere di una «nuova realtà», rappresentata dal matrimonio fra persone dello stesso sesso, ne ha di molto ampliato la rilevanza²⁶. Anche in relazione alle unioni registrate sono ravvisabili ipotesi di *limping status* e, stante la disomogenea diffusione delle unioni registrate all'interno dell'Unione europea, tali ipotesi sono meritevoli di particolare attenzione.

Per quanto concerne il matrimonio, problemi di riconoscimento, all'interno dell'Unione europea, sorgono allorché due persone dello stesso sesso unite in matrimonio in uno Stato membro chiedano la trascrizione di tale matrimonio in uno Stato membro nel quale non sia permesso l'accesso al matrimonio a persone dello stesso sesso. Meno ricorrente, e pertanto spesso trascurata, è l'ipotesi relativa alla richiesta di riconoscimento dell'unione registrata. Due sono le ipotesi nelle quali l'unione registrata può porre particolari problemi di riconoscimento. La prima ipotesi, con riferimento all'unione registrata stipulata fra persone dello stesso sesso in uno Stato membro che non permetta comunque il matrimonio *same-sex*, concerne la richiesta di riconoscimento di tale unione presso uno Stato membro che non abbia adottato il modello dell'unione registrata, né abbia altra forma di riconoscimento delle coppie omosessuali (già sono stati menzionati i sei Stati membri che presentano tale situazione). La seconda ipotesi, altrettanto complessa, riguarda coppie che – indifferentemente dal sesso – pur potendosi sposare, optino per un'unione registrata. Facendo, in particolare, riferimento ad un'unione registrata eterosessuale, possiamo dire che essa troverebbe riconoscimento soltanto in un terzo degli Stati

of the rights and obligations ordinarily associated with the status, particularly in the event of relationship breakdown».

24. Cfr. A. TRYFONIDOU, *EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition*, in *Columbia Journal of European Law*, 21.2, 2015, 235 s.

25. Si veda, a solo scopo esemplificativo, E. JAYNE, *Aspects of Canadian-German Private International Law*, in *University of Toronto Law Journal*, 21.3, 1971, 409 ss. e, in particolare, 411.

26. Per l'ambito italiano, si veda: S. MARINAI, *Recognition in Italy of Same-Sex Marriages Celebrated Abroad: The Importance of a Bottom-up Approach*, in *European Journal of Legal Studies*, 9.1, 2016, 36.

membri (come già detto, infatti, solo nove Stati membri consentono a coppie costituite da persone di sesso diverso di registrare la propria unione). In tale ultima ipotesi, è pur vero che la coppia avrebbe avuto la possibilità di evitare il rischio di *limping status* optando per il matrimonio in luogo dell'unione registrata. Va tuttavia tenuto presente che alla base della scelta della coppia possono esservi motivazioni culturali o ideologiche degne di rispetto e tutela²⁷. È infine opportuno sottolineare che gli effetti negativi derivanti dall'impossibilità di ottenere il riconoscimento di unioni validamente costituite prescindano in sé dal sesso dei partner.

4. *Pluralità di modelli di unione e regolamentazione patrimoniale del rapporto*

A livello europeo, malgrado il progressivo intensificarsi dei flussi migratori²⁸, manca ancora una linea comune rispetto alla pluralità di modelli giuridici di riconoscimento delle coppie, sia tra i Paesi che hanno aderito alla CEDU, sia all'interno dell'Unione europea.

Per questo motivo i Regolamenti europei 1103 e 1104 del 2016²⁹, relativi rispettivamente ai rapporti patrimoniali delle coppie unite in matrimonio e di quelle che abbiano stipulato un'unione registrata, hanno particolare importanza, in quanto stabiliscono regole uniformi nel caso in cui le coppie abbiano differenti nazionalità europee oppure abbiano le loro proprietà in un altro Stato membro. Si tratta comunque di materia particolarmente complessa e non priva di profili problematici, sulla quale gli Stati membri non sono riusciti a raggiungere l'unanimità richiesta dall'art. 81(3) TFUE per le disposizioni sul diritto di famiglia. Data l'assenza di

27. J.M. SCHERPE, *Quo Vadis, Civil Partnership?*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 46, 2015, 759.

28. Cfr. M. RIZZUTI, *Ordine pubblico costituzionale e rapporti familiari: i casi della poligamia e del ripudio. Constitutional Public Policy and Family Relationships: Polygamy and Repudiation as Case Studies*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10, 2019, 604 s.; R. GARETTO, *The Impact of Multicultural Issues on the Notion of «Family Member»*, in *Zbornik Znanstvenih Razprav*, 79, 2019, 7 s.

29. Regolamento UE 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e Regolamento UE 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

unanimità, i Regolamenti «gemelli» sono il risultato del meccanismo della cooperazione rafforzata stabilito dall'art. 328(1) TFUE³⁰.

È di particolare interesse notare come il Regolamento 2016/1104 contenga nell'art. 3 una autonoma definizione di «unione registrata». Tale definizione, ancorchè limitata all'ambito di applicazione del Regolamento (*Considerando* n. 17), è rilevabile per la prima volta, in modo così concreto e circoscritto, in un testo normativo di diritto internazionale privato dell'Unione europea³¹. Va comunque detto che il contenuto effettivo dell'istituto dovrà essere determinato dai singoli Stati membri in base alla normativa interna; inoltre, gli Stati membri che abbiano aderito alla cooperazione rafforzata ma la cui legge non preveda l'istituto dell'unione registrata non saranno tenuti ad incorporare l'istituto nella propria normativa interna (*Considerando* n. 17). È infine significativo notare come i Regolamenti «gemelli», applicabili a coppie tanto eterosessuali, come omosessuali, opportunamente non facciano riferimento al sesso dei componenti della coppia. Il Regolamento 2016/1104, in particolare, in relazione all'unione registrata, ricorre al termine «partner», neutro sotto il profilo del genere³².

Stante la rilevanza dei profili patrimoniali riferibili alle coppie unite in matrimonio o che abbiano stipulato un'unione registrata, per le ragioni testé menzionate, può risultare di utilità ricostruire, sia pure in maniera sommaria, il quadro della disciplina della materia nei singoli Stati membri. Va detto anzitutto che, in termini generali, alla classificazione dei regimi patrimoniali previsti per il matrimonio è sostanzialmente assimilabile quella degli effetti patrimoniali³³ riferibili alle unioni registrate. Occorre inoltre tenere presente che una statuizione sul regime patrimoniale – segnatamente rispetto al matrimonio, ma estensibile anche alle unioni

30. Cfr. J.I. SIGNES DE MESA, *Introduzione*, in *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione europea*, a cura di M.J. Cazorla González, M. Giobbi, J. Kramberger Škerl, L. Ruggeri e S. Winkler, Napoli, 2020, 10.

31. Cfr. A. DUTTA, *Matrimonial property regimes in European Private International Law, Beyond husband and wife – new couple regimes and the European Property Regulations*, in *Yearbook of Private International Law XIX-1917/1918*, a cura di A. Bonomi e G.P. Romano, Köln, 2018, 148.

32. C. RUDOLF, *European Property Regimes Regulations – Choice of Law and the Applicable Law in the Absence of Choice by the Parties*, in *Lexonomica*, 11.2, 2019, 134: «the gender of the partners, whose number is two, is insignificant, so that same and different sex partnerships of two people are recorded».

33. Per le unioni registrate si adotta la formulazione «effetti patrimoniali», conformemente al Regolamento UE 2016/1104. Per il matrimonio il Regolamento «gemello» (2016/1104) si fa invece riferimento al «regime patrimoniale».

registrate – sia rinvenibile solo nei Paesi dell’Europa continentale³⁴, appartenenti all’area del *civil law*, e sia quindi estraneo ad Irlanda e – con talune precisazioni³⁵ – al Regno Unito. L’anomalia, in sé, nel contesto dell’Unione europea, riguarda ormai solo il primo dei due Stati, in quanto il secondo, per effetto della *Brexit*, non è più Stato membro dell’Unione dal 31 gennaio 2020³⁶.

Occorre, ai fini classificatori, avere presenti le regole che in *default* si applicano alla coppia, allorché essa costituisce il vincolo, contraendo matrimonio, o registrando la propria unione. Nella maggior parte degli Stati membri, dalla costituzione di tale vincolo derivano forme di comunione dei beni, con modalità di costituzione della comunione piuttosto differenziate³⁷. Caduta ormai in desuetudine la comunione universale dei beni, dopo la riforma del 2018 nei Paesi Bassi, oggi il regime di comunione è identificabile con la comunione delle acquisizioni successive alla costituzione del vincolo, fatti salvi, in ogni caso, i beni strettamente personali e le donazioni ed eredità eventualmente sopravvenute³⁸. Un secondo tipo di regime patrimoniale applicato in alcuni Paesi europei in *default* al vincolo, in mancanza di diversa scelta delle parti, è il regime di comunione limitata agli incrementi patrimoniali, tipico dell’area nordeuropea. In base a tale sistema le parti in costanza del vincolo conservano la separazione dei beni; in caso invece di suo scioglimento, tutti i beni, salvo donazioni ed eredità, entrano nella comunione e vengono divisi equamente fra le parti³⁹. Infine un terzo tipo di regime patrimoniale, applicato in *default* in diversi Paesi europei, è la separazione dei beni. Per effetto di essa non sorge alcun tipo di comunione fra le parti, neppure in caso di scioglimento del vincolo; normative specifiche dei singoli Paesi potranno

34. J.M. SCHERPE, *The financial consequences of divorces in European perspective*, in *European Family Law*, III (a cura di J.M. Scherpe), Cheltenham, 2016, 147.

35. Quanto detto vale per Inghilterra e Galles e per Irlanda del Nord. La Scozia costituisce un’eccezione in quanto ha un proprio autonomo regime patrimoniale. Cfr. R. GARETTO, F. PASCUCCI e Elisa SGUBIN, *United Kingdom*, in *Family Property and Succession in EU Member States*, cit., 692.

36. E. DAGILYTE, *The Promised Land of Milk and Honey? From EU Citizens to Third-Country Nationals after Brexit*, in *EU Citizenship and Free Movement Rights*, a cura di S. Mantu, P. Minderhoud e E. Guild, Leiden, 2020, 351 s. Per approfondire il tema degli effetti della *Brexit* sul diritto di famiglia, in prospettiva transnazionale, cfr.: L. RUGGERI, *Brexit and new European framework in family property regimes*, in *6th SWS International Scientific Conference on Social Sciences. Conference Proceedings*, 6.1, 2019, 59 ss.

37. J.M. SCHERPE, *The financial consequences*, cit., 149.

38. J.M. SCHERPE, *The financial consequences*, cit., 151.

39. J.M. SCHERPE, *The financial consequences*, cit., 155 s.

eventualmente stabilire pagamenti compensativi fra le parti⁴⁰. Per fornire un sommario quadro dei regimi applicabili in *default* al matrimonio ed alle unioni registrate nel contesto dell'Unione europea⁴¹, si ripartiranno gli Stati membri fra quanti consentono il matrimonio fra persone dello stesso sesso e quanti invece non lo consentono e, per le unioni registrate, fra quanti permettono indifferentemente la registrazione dell'unione a partner dello stesso sesso e di sesso opposto e quanti invece riservano la registrazione a coppie dello stesso sesso.

Fra i tredici Stati membri che ammettono al matrimonio coppie omosessuali, sette applicano in *default* il regime di comunione dei beni: Belgio, Francia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo e Spagna. Naturalmente le parti possono optare per altre forme di regime patrimoniale. In Belgio, dove la materia patrimoniale fra coniugi si denomina *régime secondaire*, è consentito scegliere convenzionalmente il regime di separazione o quello di comunione universale. In Francia è consentito optare per la comunione universale, per la separazione dei beni e per la comunione *de residuo*. In Lussemburgo e a Malta le parti possono scegliere fra il regime della separazione dei beni ed il regime di partecipazione alla comunione *de residuo*. Nei Paesi Bassi a partire dal 1° gennaio 2018, si applica un regime di comunione di beni «limitata», non dissimile dal regime di comunione applicato negli altri Stati. Per i matrimoni contratti prima di tale data resta in vigore il precedente regime legale, che prevedeva una comunione completa dei beni. In Portogallo le parti possono convenzionalmente applicare la comunione universale dei beni, la separazione dei beni, oppure un regime atipico e ibrido, avente le caratteristiche degli altri tre regimi patrimoniali consentiti. In Spagna, infine, i coniugi possono stipulare, mediante una convenzione matrimoniale, un regime diverso dal

40. J.M. SCHERPE, *The financial consequences*, cit., 155.

41. Le informazioni relative al regime patrimoniale delle coppie coniugate ed agli effetti patrimoniali applicabili alle coppie che hanno stipulato un'unione registrata, laddove i singoli Stati membri riconoscano tale istituto, sono ricavate dai *report* nazionali redatti nello sviluppo del progetto europeo «Personalized Solution in European Family and Succession Law» e raccolti in: *Family Property and Succession in EU Member States*, cit., cui si rimanda per approfondimenti. Sul regime patrimoniale fra coniugi, ulteriori informazioni sono disponibili in: A.M. PÉREZ VALLEJO - A. PAÑOS PÉREZ - M.J. CAZORLA GONZÁLEZ, *Regimi patrimoniali tra coniugi*, in *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione europea*, cit., 16 ss. Sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate si veda inoltre: R. GARETTO - M. GIOBBI - F.G. VITERBO - L. RUGGERI, *Unioni registrate ed effetti patrimoniali*, in *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione europea*, cit., 44 ss.

regime legale di comunione degli acquisti (*gananciales*), ovvero un regime di separazione dei beni o un regime di partecipazione agli acquisti. Va tuttavia tenuto presente che il già menzionato carattere «plurilegislativo» di questo Stato membro implica che alcune fra le Comunità autonome abbiano legislazioni specifiche anche in materia di regimi patrimoniali. Gli altri sei Stati membri che consentono il matrimonio fra persone dello stesso sesso, hanno regimi patrimoniali differenziati. L'Austria applica in *default* il regime di separazione dei beni (*Gütertrennung*), consentendo tuttavia ai coniugi di discostarsi dalle norme del regime legale, attraverso la stipulazione di una convenzione completa o parziale in materia di separazione dei beni. In Danimarca, in Finlandia, in Germania ed in Svezia il regime patrimoniale legale è la comunione dei beni differita⁴². In base a tale regime, tipico degli Stati di area nordeuropea, qualsiasi bene che appartenga ai coniugi al momento della celebrazione del matrimonio, o che essi acquistino successivamente, rimane di proprietà personale, ma è destinato a formare parte della comunione al momento dell'eventuale dissoluzione del rapporto. L'Irlanda infine rappresenta una significativa anomalia. In tale Stato membro infatti non sussiste – come già rilevato – un regime patrimoniale relativo al matrimonio⁴³. In particolare, la comunione dei beni non è applicabile, in quanto non è contemplata dalla legge ed i beni di proprietà del coniuge prima del matrimonio, o acquisiti nel corso di esso, rimangono di sua proprietà esclusiva

Fra i quattordici Stati membri che non permettono alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio, la maggioranza regola i rapporti patrimoniali dei coniugi applicando in *default* il regime di comunione. È così, appunto, in Bulgaria, in Croazia, in Estonia, in Ungheria, in Italia, in Lettonia, in Lituania, in Polonia, nella Repubblica Ceca, in Romania ed in Slovacchia. Anche in questi Stati i coniugi possono comunque scegliere altre forme di regime patrimoniale. In Bulgaria i coniugi possono convenzionalmente stabilire i beni da includere nella comunione, indicando l'avente diritto all'amministrazione o alla disposizione di tali beni,

42. Tale sistema è denominato *verrekenbedingen* in Danimarca; *varallisuuden jakautumisesta* in Finlandia; *Zugewinnngemeinschaft* in Germania; *giftorätts gods* in Svezia. Cfr. T. SVERDRUP, *The changing concept of 'family' and challenges for family law in the Nordic countries*, in *European Family Law Volume II: The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, a cura di J.M. Scherpe, Cheltenham, 2016, 193 ss.

43. Cfr. J.M. SCHERPE, *The financial consequences*, cit., 165, il quale, facendo riferimento agli ordinamenti di *common law* di area europea, e fra questi segnatamente l'Irlanda, rileva come «to assume that these jurisdictions have a matrimonial property regime based on 'separation of property' is incorrect».

o possono optare per il regime di separazione. In Italia, in Lettonia ed in Romania i coniugi possono optare per la separazione o per comunione convenzionale dei beni. In Lituania i coniugi hanno il diritto di concordare tramite una convenzione che i beni acquisiti prima e durante il matrimonio siano di proprietà esclusiva di ciascun coniuge, oppure che i beni personali acquisiti da un coniuge prima del matrimonio rientrino nei beni comuni, o infine che i beni acquisiti durante il matrimonio diventino patrimonio comune che possa essere parzialmente diviso. In Polonia i coniugi possono estendere o limitare la comunione legale o stabilire un regime di separazione, anche eventualmente con compensazione dei profitti acquisiti. In Croazia, nella Repubblica Ceca ed in Ungheria i coniugi possono concordare un regime patrimoniale diverso da quello stabilito per legge e possono concludere qualsiasi accordo che non sia vietato dalla legge. In Slovacchia i coniugi possono con accordi estendere o ridurre i beni rientranti nella comunione prevista dalla legge; essi possono altresì concordare una comunione differita. Parzialmente diversa la situazione in Estonia, dove i coniugi hanno l'obbligo di scelta del regime patrimoniale. Essi possono scegliere tra la comunione dei beni, la comunione degli incrementi patrimoniali o la separazione dei beni. Qualora i coniugi non abbiano optato per alcun regime, né al momento del matrimonio, né successivamente – tramite stipula di un accordo patrimoniale –, si presume comunque applicabile il regime legale della comunione dei beni. Solo in due Stati membri, Cipro e Grecia, si applica in *default* il regime di separazione. Mentre in Grecia i coniugi hanno la possibilità di regolare convenzionalmente il proprio regime patrimoniale, con facoltà di determinare l'estensione della comunione e le modalità della sua amministrazione, a Cipro tale possibilità non sussiste e qualsiasi accordo per la distribuzione del patrimonio matrimoniale stipulato prima della separazione non è vincolante per le parti.

Per quanto concerne l'unione registrata, fra gli Stati membri che consentono l'accesso a tale istituto, indifferentemente dal sesso dei partner, tre applicano in *default* un regime di comunione dei beni, fatta salva per le parti la possibilità di disporre diversamente: Francia, Lussemburgo e Malta. I Paesi Bassi applicano in *default* alle unioni registrate il regime di comunione «limitata» dei beni, in analogia con gli effetti patrimoniali previsti per il matrimonio dal 1° gennaio 2018. È comunque consentito alle parti di regolare diversamente la materia, con accordi; la coppia inoltre può convertire la propria unione registrata in matrimonio senza la necessità di modificare il proprio regime patrimoniale. Quattro Stati membri, invece, applicano in *default* il regime di separazione dei beni: Austria,

Belgio, Cipro e Grecia. Va notato che in Austria, nonostante sussistano talune differenze fra unione registrata e matrimonio⁴⁴, gli effetti patrimoniali sono essenzialmente gli stessi del matrimonio. Situazione atipica in Belgio, dove gli effetti generali dell'unione registrata, ancorché simili al matrimonio, non fanno sorgere doveri personali fra le parti. A differenza del matrimonio, alle parti dell'unione registrata non si applica il regime di separazione dei beni, salvo con accordo esse dispongano diversamente. L'Estonia si differenzia in modo peculiare, poiché non prevede un regime patrimoniale in *default* (come invece è previsto per il matrimonio). Le parti – di sesso uguale o opposto – devono espressamente scegliere fra i regimi patrimoniali stabiliti dalla legge per il matrimonio: comunione dei beni, separazione dei beni o comunione degli incrementi. Questa anomalia si spiega probabilmente tenendo conto della natura della richiesta di registrazione dell'unione, che nasce da questioni contingenti anche di natura patrimoniale e che presuppone – generalmente – una volontà precisa delle parti rispetto alle scelte di tale natura.

Come già più sopra evidenziato, in cinque Stati membri – Croazia, Repubblica Ceca, Italia, Slovenia, Ungheria – la registrazione dell'unione è riservata esclusivamente a coppie dello stesso sesso; poiché in nessuno di essi è consentito a tali coppie l'accesso al matrimonio, queste unioni svolgono una funzione per così dire «suppletiva» rispetto al rapporto di coniugio. Per quanto in questi Stati la disciplina delle unioni registrate ricalchi sostanzialmente quella matrimoniale, sono talvolta ravvisabili differenze rispetto al matrimonio⁴⁵. Sotto il profilo degli effetti patrimoniali derivanti in *default* dalla registrazione dell'unione, in Croazia, in Italia, in Slovenia ed in Ungheria si applica un regime di comunione, fatta salva naturalmente la possibilità per le parti, come nel matrimonio, di optare per altro regime. Un'eccezione è costituita dalla Repubblica Ceca, dove l'unione registrata è regolata solo in parte come il matrimonio. Per quanto concerne gli effetti patrimoniali, a differenza del matrimonio, non è prevista la comunione dei beni e le parti possono al più acquistare beni in comproprietà.

44. Ad esempio le parti dell'unione registrata non sono tenute alla fedeltà reciproca, ma soltanto ad una reciproca fiducia e la dissoluzione dell'unione è più semplice e veloce. Cfr. T. PERTOT, *Austria*, in *Family Property and Succession in EU Member States*, cit., 6.

45. In Italia, ad esempio, fra i partner uniti civilmente non sorge l'obbligo di reciproca fedeltà. Sul tema si tengano presenti, comunque, le considerazioni espresse nel paragrafo successivo.

Va infine tenuto presente che in cinque Stati membri, Danimarca, Finlandia, Germania, Irlanda e Svezia⁴⁶, alle coppie costituite da persone dello stesso sesso si è consentita la registrazione della propria unione fino a quando lo Stato ha riconosciuto a tali coppie il diritto di contrarre matrimonio. Ai partner delle unioni registrate costituite precedentemente si è data facoltà di convertire la propria unione in matrimonio. Tuttavia è possibile che essi abbiano optato per la conservazione delle loro unioni e quindi vanno considerati – come attuali – anche gli effetti patrimoniali derivanti da siffatte unioni, per quanto formalmente in questi Stati l’unione registrata non costituisca più un’opzione possibile per regolare giuridicamente la vita della coppia. Quattro di questi Stati, Danimarca, Finlandia, Germania e Svezia, collocandosi in area continentale nordeuropea, regolano in *default* gli effetti patrimoniali dell’unione registrata col sistema della comunione limitata agli incrementi patrimoniali, le cui conseguenze si producono solo all’eventuale dissoluzione del rapporto. In Irlanda, dove – come già evidenziato – non è previsto un regime patrimoniale relativo al matrimonio, gli effetti patrimoniali derivanti dalla registrazione dell’unione per le coppie che non abbiano optato per la conversione non divergono da quanto avviene nel matrimonio. Ciascuna delle parti conserva quindi la titolarità dei propri beni in costanza di rapporto ed anche in caso di scioglimento dell’unione.

5. *Specificità dell’unione registrata nella fase patologica del rapporto*

L’emergere ed il diffondersi all’interno dell’Unione europea del fenomeno delle unioni registrate negli scorsi decenni va posto in relazione con l’esigenza di offrire un riconoscimento legale diverso dal matrimonio *same-sex*⁴⁷. Il progressivo affermarsi, negli anni successivi, di una dinamica nuova e dirompente, quale la radicale riforma del matrimonio, in modo tale da consentire in molti Stati membri la celebrazione di matrimoni anche alle coppie costituite da persone dello stesso sesso, ha in parte mutato la funzione propria delle unioni registrate. Tale dinamica ha ingenerato tre

46. In Danimarca la costituzione di nuove unioni registrate non è più consentita dal 15 giugno 2012; in Finlandia dal 1 marzo 2017; in Germania dal 1 ottobre 2017; in Irlanda dal 16 novembre 2015 ed in Svezia dal 1 maggio 2009.

47. J.M. SCHERPE, *The Past, Present and Future of Registered Partnerships*, in *The Future of Registered Partnerships. Family Recognition Beyond Marriage?*, a cura di J.M. Scherpe e A. Hayward, Cambridge, 2017, 570.

distinti scenari: l'abolizione delle unioni registrate contestualmente alla riforma della disciplina del matrimonio, l'estensione, quando non previsto, dell'accesso all'unione registrata alle coppie eterosessuali ed infine il permanere dell'unione registrata riservata alle sole coppie dello stesso sesso, in mancanza della possibilità per tali coppie di accedere al matrimonio.

Dalla molteplicità di modelli di unione discende, quale conseguenza, la pluralità di modalità di scioglimento o annullamento del vincolo nella fase patologica del rapporto. Il tema della dissoluzione dell'unione registrata si prospetta come elemento che caratterizza significativamente – in concreto – tale istituto rispetto al matrimonio e potrebbe, di per sé, costituire argomento tale da garantire la persistenza della funzione dell'unione registrata anche a fronte di una eventuale diffusione ulteriore del matrimonio fra persone dello stesso sesso. Sin dal primo prospettarsi di questo nuovo modello di coppia riconosciuta si è percepita la necessità di regolare la fase patologica del rapporto, avendo come generale termine di riferimento il divorzio. Si è individuata tuttavia una procedura formale meno rigida, fondata sul mutuo accordo delle parti, e spesso si è previsto il ricorso al giudice solo in relazione ad interessi patrimoniali o per garantire tutela ad eventuali minori coinvolti⁴⁸. L'evoluzione successiva e le forti differenziazioni, a seconda che l'unione registrata sia riservata alle persone dello stesso sesso che non hanno accesso al matrimonio, o rappresenti invece un'alternativa – a disposizione di chiunque – alla scelta matrimoniale, possono giustificare differenze rispetto alla disciplina della dissoluzione del rapporto. Tali differenze non sono tanto ascrivibili al mero uso di dissimili tecniche legislative, quanto piuttosto a sostanziali scelte di indirizzo⁴⁹. Alla luce di queste considerazioni, è possibile individuare linee di tendenza differenziate in relazione ai requisiti di accesso all'unione registrata.

48. Cfr. J.A. HOOGS, *Divorce without Marriage: Establishing a Uniform Dissolution Procedure for Domestic Partners through a Comparative Analysis of European and American Domestic Partner Laws*, in *Hastings Law Journal*, 54, 2020, 716 s. Una procedura formale meno rigida per lo scioglimento dell'unione registrata non implica, tuttavia, una maggiore instabilità di questa rispetto al matrimonio: cfr. C. DRAGHICI, *Equal Marriage, Unequal Civil Partnership: A Bizarre Case of Discrimination in Europe*, in *Child and Family Law Quarterly*, 29, 2017, 328.

49. M.V. ANTOKOLSKAIA, *Dissolution of marriage in westernized countries*, in *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, a cura di J. Eekelaar e R. George, Oxon-New York, 2014, 91: «these differences are often grounded in dissimilar policy choices rather than in the mere use of different legislative techniques».

Gli Stati membri che consentono a coppie di sesso sia uguale, sia opposto di optare per il matrimonio o per l'unione registrata, si caratterizzano per distinte discipline dello scioglimento dell'unione registrata. Esse corrispondono al modello di unione che ogni singolo Stato aveva adottato prima di procedere alla riforma del matrimonio. Possiamo essenzialmente individuare discipline di scioglimento di unioni a forma «dura» – o «*Nordic style*» – e discipline di scioglimento di unioni a forma «debole», ascrivibili all'area franco-belga⁵⁰.

I Paesi Bassi costituiscono il caso più interessante fra gli Stati che hanno fatto proprio il primo modello: essi introdussero nel 1998, per primi nell'Unione europea, un modello di unione registrata (*geregistreerd partnerschap*) non dissimile dal matrimonio, ma neutra sotto il profilo del genere. Quest'ultima caratteristica connota in modo specifico l'unione rispetto al matrimonio (anche se il matrimonio fra persone dello stesso sesso sarà consentito nei Paesi Bassi solo a partire dal 2001), e può spiegare la differenza di disciplina rispetto al divorzio. Un'unione registrata infatti, in assenza di figli, può giungere a dissoluzione attraverso una procedura amministrativa, qualora vi sia l'accordo dei partner. In difetto di tale accordo, invece, lo scioglimento dell'unione segue la disciplina prevista per il divorzio, la quale richiede il ricorso al giudice⁵¹. Diversa la situazione nell'area centro-europea. Francia e Belgio, prima di consentire il matrimonio fra persone dello stesso sesso, hanno adottato forme «deboli», di unioni fra persone di sesso opposto o uguale, il *pacte civil de solidarité*⁵² e la *cohabitation légale*⁵³, la cui disciplina deliberatamente si differenzia da quella matrimoniale anche in tema di scioglimento. La situazione del Belgio è particolarmente significativa in questo senso. In tale Stato membro infatti è consentito costituire una coabitazione legale anche con un membro della famiglia o con persona con la quale sussiste comunque una relazione di natura non sessuale⁵⁴. Le unioni a forma «debole», che

50. M.V. ANTOKOLSKAIA, *Dissolution of marriage*, cit., 92 ss.

51. M.V. ANTOKOLSKAIA, *Dissolution of marriage*, cit., 92.

52. *Loi n° 99-944 relative au pacte civil de solidarité*, del 15 novembre 1999.

53. *Loi instaurant la cohabitation légale*, del 23 novembre 1998.

54. M.V. ANTOKOLSKAIA, *Dissolution of marriage*, cit., 93: «[a] good example of this is the Belgian cohabitation légale. Under pressure from the Christian Democrats, the rules of statutory cohabitation were made applicable upon registration to any two unmarried persons living together, irrespective of their gender, familial, sexual or affective bond. Thus, statutory cohabitation came to cover as wide a range of relationships as same-sex and opposite-sex couples, a mother and her adult daughter, and even 'a priest and his maid'». Evidente il fine «dissimulatorio» nella previsione che consente di costituire una coabitazione legale con

al nascere costituivano soluzioni «minimaliste» e compromissorie⁵⁵, nel momento in cui vengono affiancate da un nuovo modello di matrimonio, neutro sotto il profilo del genere, possono assumere funzioni nuove, volte a dare tutela ad esigenze dei partner, qualora vogliano differenziare il loro rapporto dal matrimonio sul piano dei diritti e dei doveri⁵⁶. Risulta quindi coerente, posta questa premessa, il perdurare dell'applicazione di una disciplina dello scioglimento dell'unione più flessibile e meno rigorosa. In tale prospettiva, ad esempio, in Belgio lo scioglimento della *cohabitation légale* si ha automaticamente non solo nell'ipotesi di morte di uno dei coabitanti, ma anche nel caso in cui questi contragga matrimonio, sia con l'altro coabitante, sia con un soggetto terzo. La coabitazione può cessare anche a seguito di dichiarazione scritta resa all'ufficiale di stato civile. Tale dichiarazione potrà anche essere unilaterale ed il dichiarante non sarà tenuto a darne notizia al proprio coabitante, il quale riceverà comunicazione relativa alla cessata coabitazione dal comune di residenza. È evidente che una tale flessibilità nella dissoluzione del rapporto può favorire comportamenti anti-giuridici, in particolare rispetto a coabitazioni «di compiacenza». Simili abusi sono comunque sanzionati⁵⁷.

Fra gli Stati membri che non consentono alle coppie costituite da persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio, ma che – quale alternativa al matrimonio stesso – consentono alle coppie omosessuali, ed a loro esclusivamente, di registrare la propria unione, si applica ormai prevalentemente il modello «*Nordic style*», giacché tali Stati in maggioranza hanno promulgato leggi allo scopo di permettere la registrazione di unioni fra persone dello stesso sesso solo in anni molto recenti⁵⁸, quando ormai

un parente prossimo. Cfr. A.C. VAN GYSEL, *La cohabitation légale: quo vadis?*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 1, 2015, 18: «on relève: son ouverture aux proches parents, afin de dissimuler que la cohabitation au sens marital implique, sinon obligatoirement, du moins naturellement, des relations sexuelles; artifice aussitôt démenti par sa restriction à deux personnes seulement».

55. A.C. VAN GYSEL, *La cohabitation légale*, cit., 16 s.

56. A.C. VAN GYSEL, *La cohabitation légale*, cit., 24: «[l']institution de la cohabitation légale a donc été, et cela dès le départ, massivement «détournée» par les citoyens de son objectif initial – fournir un statut aux couples homosexuels –, pour en atteindre un autre: offrir aux personnes – indépendamment de leurs préférences sexuelles – une forme de conjugalité reconnue et organisée, mais cependant moins contraignante que le mariage».

57. Cfr. *Loi modifiant le Code civil, la loi du 31 décembre 1851 sur les consulats et la juridiction consulaire, le Code pénal, le Code judiciaire et la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en vue de la lutte contre les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance*, del 2 giugno 2013.

58. Repubblica Ceca: 2006; Ungheria: 2009; Croazia: 2014; Italia: 2016 e Slovenia: 2017.

il dibattito sulle unioni omosessuali era giunto a ad uno stadio avanzato e l'accettazione sociale del fenomeno si era consolidata. La disciplina di scioglimento dell'unione registrata, quindi, si avvicinerà maggiormente a quella prevista per lo scioglimento del matrimonio. L'Italia, sotto questo profilo evidenzia profili atipici. Lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso nel nostro Paese ha una regolamentazione coincidente col divorzio, ma non richiede alle parti un periodo previo di separazione. Tale esclusione si pone in relazione con l'esonero dall'obbligo di fedeltà stabilito per l'unione civile, da cui consegue l'impossibilità dell'addebito, che è sanzione tipica dell'infedeltà coniugale⁵⁹. Occorre peraltro tenere presente che l'esclusione della separazione nell'unione civile è messo in discussione da una parte della dottrina⁶⁰.

6. Soluzioni giurisprudenziali al problema dell'«asimmetria» fra unione registrata e matrimonio

L'accidentato percorso che, nel contesto dell'Unione europea, ha condotto la maggior parte degli Stati membri ad adottare forme – sia pure differenziate – di riconoscimento delle coppie omosessuali, ha determinato situazioni di «asimmetria» sotto distinti profili.

Da un lato l'introduzione delle unioni registrate unicamente per le coppie dello stesso sesso, restando prerogativa delle coppie eterosessuali la possibilità di contrarre matrimonio, si pone in linea di coerenza con la Corte EDU, che nel 2015 col caso *Oliari et al. c. Italia*⁶¹, stabilisce che ai

59. Cfr. sul tema L. OLIVERO, *Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 213 ss.

60. Si veda in particolare G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze – legge 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Obero, Torino, 2016, 55. In generale sul tema dello scioglimento dell'unione civile, cfr. C. RIMINI, *Art. 1, 24° comma*, in *Commentario al Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2020, 346 ss.

61. Corte europea dei diritti umani, *Oliari et al. c. Italia*, ricorsi n. 18766/11 e n. 36030/11, sentenza del 21 luglio 2015, testo disponibile al sito: www.hudoc.echr.coe.int, consultato il 5 novembre 2020. Per un commento cfr. L. LENTI, *Prime note a margine del caso Oliari c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 575 ss. Per ulteriori approfondimenti, si vedano pure: M.C. VENUTI, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Politica del diritto*, 2016, 95 ss. e M.M. WINKLER, *Same-Sex Marriage and Italian Exceptionalism*, in *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 12, 2018, 433 ss.

partner dello stesso sesso deve essere garantito il diritto alla vita privata e familiare, ai sensi dell'art. 8 della CEDU, senza che possa essere imposta ad un singolo Stato l'adozione, in modo specifico, del matrimonio in luogo dell'unione registrata. Tuttavia tale opzione pare soggiacere ad una logica di «*separate but equal*» rispetto alla quale è ragionevole sollevare delle perplessità⁶². Dall'altro lato, laddove la disciplina del matrimonio sia stata innovata e – parallelamente – si sia comunque conservato immutato il modello dell'unione registrata, senza estenderlo alle unioni fra persone di sesso opposto, si profila una questione di equità di trattamento fra coppie eterosessuali e coppie omosessuali⁶³.

Quanto al primo ordine di problemi, al momento, non pare agevole individuare chiare prospettive di sviluppo. Proprio con riferimento all'Italia, è significativa, in tema di trascrizione di matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero, la pronuncia della Corte di cassazione che – con sentenza del 14 maggio 2018, n. 11696⁶⁴ – stabilisce che non può essere trascritto in Italia il matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero tra un cittadino italiano ed uno straniero e ritiene ammissibile il suo riconoscimento a titolo di unione registrata, operando quindi un *downgrading*⁶⁵. Più innovativi e stimolanti invece i recenti sviluppi giurisprudenziali legati al tema dell'equità di trattamento per le coppie eterosessuali rispetto all'accesso all'unione registrata. A cavallo fra la fine del 2017 e la metà del 2019 infatti in Austria e nel Regno Unito, all'epoca ancora Stato membro, si giunge a riconoscere una disparità di trattamento per le coppie eterosessuali escluse dalla possibilità di registrare la propria unione. Un risultato significativo che – paradossalmente – potrebbe costituire il presupposto logico per la soluzione anche del problema

62. Cfr. J.M. SCHERPE, *The Past, Present and Future of Registered Partnerships*, cit., 570: «*the aim of this 'technique' was to show, on a superficial and formal level, that this was a very different legal regime – even if substantially it was not. Thus, the slogan 'equal but different' (or 'separate but equal')* was used. *But even to the uninitiated it is apparent that emphasis of this statement for political reasons was on 'different' (or 'separate') rather than 'equal', as the whole point was that this regime was not marriage*».

63. Sui temi dell'«asimmetria» e dell'equità di trattamento, cfr.: H. FENWICK e A. HAYWARD, *Rejecting asymmetry of access to formal relationship statuses for same and different-sex couples at Strasbourg and domestically*, in *European human rights law review*, 6, 2017, 544 ss.

64. Cass., sez. I, 14 maggio 2018, n. 11696, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1965, con nota di G. Casaburi.

65. Sul tema del *downgrading*, cfr. R. GARETTO - M. GIOBBI - F.G. VITERBO - L. RUGGERI, *Unioni registrate ed effetti patrimoniali*, cit., 51 s.

inverso (ovvero l'impossibilità, per le coppie omosessuali, di accedere, in certi Stati membri, al matrimonio).

L'Austria, adottando la *Eingetragene Partnerschaft*⁶⁶, ha consentito alle coppie omosessuali di registrare la propria unione a partire dal 2010. Successivamente la disciplina dell'unione registrata ha subito modifiche tali da renderla sempre più simile, sul piano dei diritti e delle tutele, al matrimonio⁶⁷. Nel 2012 infatti la Corte costituzionale austriaca riconosce l'incostituzionalità della disparità di trattamento fra unione registrata e matrimonio rispetto alle formalità di celebrazione⁶⁸ e due anni dopo dichiara incostituzionale il divieto posto ai partner dell'unione registrata rispetto all'adozione, sia congiunta, sia successiva⁶⁹. La situazione ha un ulteriore sviluppo allorché una coppia eterosessuale di cittadini austriaci, Helga Ratzenböck e Martin Seydl, richiedendo la registrazione della propria unione e in seguito, ricevuto ed impugnato il provvedimento di diniego, avvia un *iter* giurisdizionale che si conclude avanti alla Corte EDU. Il 26 ottobre 2017 la Corte, decidendo il caso *Ratzenböck e Seydl c. Austria*⁷⁰, stabilisce che la legge austriaca sulle unioni registrate non viola la CEDU allorché preclude l'accesso all'unione alle coppie eterosessuali. Tuttavia il 4 dicembre di quello stesso anno il *Verfassungsgerichtshof*, la Corte costituzionale austriaca⁷¹ – nonostante la pronuncia della Corte EDU di poco precedente – decidendo su un ricorso presentato da una coppia di cittadine austriache, che in precedenza avevano stipulato un'unione registrata e che si erano viste negare il rilascio del permesso per la

66. *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*, BGBI. I n. 135, del 30 dicembre 2009.

67. Cfr. S. FULLI-LEMAIRE, *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Central Europe: Steady Progress*, in *Same-Sex Relationships and Beyond: Gender Matters in the EU*, a cura di K. Boele-Woelki e A. Fuchs, Antwerpen, 2017, 24 s.

68. Corte costituzionale austriaca, sentenza del 12 dicembre 2012, VfGH, n. B 125/11-11, testo disponibile al sito: www.sexualorientationlaw.eu, consultato il 5 novembre 2020.

69. Corte costituzionale austriaca, sentenza dell'11 dicembre 2014, VfGH, n. G 119/2014, testo disponibile al sito: www.vfgh.gv.at, consultato il 5 novembre 2020. Sul caso deciso dalla Corte costituzionale, si veda: I. MURER, *Exclusion of registered partners from adoption rights found to be discriminatory*, in *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 9.2, 2015, 81 ss.

70. Corte europea dei diritti umani, *Ratzenböck e Seydl c. Austria*, ricorso n. 29475/12, sentenza del 26 ottobre 2017, testo disponibile al sito: www.hudoc.echr.coe.int, consultato il 5 novembre 2020. La sentenza è commentata da P. BRUNO, *Coppie omosessuali e unione registrata: la Corte di Strasburgo evita la reverse discrimination*, in *Il Familiarista*, 19 gennaio 2018, testo disponibile al sito: www.ilfamiliarista.it, consultato il 5 novembre 2020.

71. Corte costituzionale austriaca, sentenza del 4 dicembre 2017, VfGH, n. G 258/2017; testo disponibile al sito: www.vfgh.gv.at, consultato il 5 novembre 2020.

celebrazione del matrimonio, permette alle coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio e contestualmente consente alle coppie di sesso opposto di accedere alle unioni registrate⁷². Nella sentenza si riconosce che la discriminazione rispetto alle coppie dello stesso sesso viola il principio di uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, stabilito dall'art. 7 della Costituzione federale austriaca; l'Austria diviene così il primo Stato membro ad introdurre il matrimonio fra persone dello stesso sesso in seguito alla pronuncia di una Corte costituzionale, rigettando il principio di «equivalenza funzionale» dei modelli. Contestualmente – e coerentemente – nella stessa sentenza si riconosce a tutti, indifferentemente dal sesso, il diritto di accedere all'istituto dell'unione registrata⁷³.

Anche il Regno Unito, nel periodo precedente la *Brexit*, ha affrontato sul piano giurisprudenziale il tema dell'accesso alle unioni registrate da parte di coppie eterosessuali. La Corte suprema infatti si è pronunciata sulla materia, dopo che un acceso dibattito era stato promosso dal movimento «*Equal Civil Partnerships*». Nel 2014 gli inglesi Rebecca Steinfeld e Charles Keidan, conviventi di fatto eterosessuali, i quali nutrivano una personale contrarietà rispetto all'istituto del matrimonio, vedono respinta la richiesta di registrazione della propria unione, in ragione della mancanza del requisito dell'identità di sesso delle parti, come prescritto dal *Civil Partnership Act* del 2004⁷⁴. Sul presupposto di una discriminazione per le coppie eterosessuali rispetto al trattamento riservato in via esclusiva alle coppie omosessuali⁷⁵, i due agiscono in giudizio. Le loro ragioni non

72. Cfr. F. DEANA, *(In)compatibilità col principio di non discriminazione dei modelli familiari accessibili solo da coppie di un determinato orientamento sessuale*, in *Federalismi.it*, 4, 2020, 77: «il *Verfassungsgerichtshof* (...) ha sancito l'illegittimità degli artt. 44 dell'ABGB, 1, 2 e 5 par. 1 dell'EPG, allorché riportavano le locuzioni “di sesso diverso”, “coppie omosessuali” e “dello stesso sesso” al fine di limitare l'accesso rispettivamente agli istituti del matrimonio e delle unioni registrate in base all'orientamento sessuale delle coppie».

73. Cfr. J.M. SCHERPE, *Formal recognition of adult relationships and legal gender*, cit., 22: «*Austria is the only European jurisdiction where the opening up of marriage was the result of litigation/judicial decision: the Austrian Constitutional Court ruled that the 'functional equivalent' approach was unconstitutional, and therefore held not only that marriage had to be open to same sex couples but also that consequentially the option of registered partnership must be available to opposite sex couples*».

74. *Civil Partnership Act 2004*, del 18 novembre 2004.

75. Cfr. A. HAYWARD, *Relationships between adults: Marriage, Civil Partnerships, and Cohabitation*, in *Family Law*, a cura di R. Lamont, Oxford, 2018, 50 s.; R. GARETTO, *Civil Partnerships: the EU Framework for Cross-Border Couples and the Recent Legislative Reform in the UK*, in *6th SWS International Scientific Conference on Social Sciences. Conference Proceedings*, cit., 66 s.

vengono riconosciute né in prima istanza⁷⁶, né in appello⁷⁷. Il 27 giugno 2018 invece la Corte suprema riconosce fondata la pretesa della coppia, ravvisando una chiara disparità di trattamento per le coppie eterosessuali⁷⁸. La Corte argomenta la propria decisione rilevando che, contestualmente alla promulgazione del *Marriage (Same Sex Couples) Act* del 2013⁷⁹, che consente alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio, sarebbe stato necessario abrogare il *Civil Partnership Act* o prevederne l'estensione della disciplina alle coppie eterosessuali. Secondo la Corte le sezioni 1 e 3 del *Civil Partnership Act*, nel non consentire ad una coppia eterosessuale di registrare la propria unione, si pongono in contrasto col disposto della sezione 4 del *Human Rights Act* del 1998⁸⁰; tali sezioni, inoltre, risultano anche in palese contrasto col combinato disposto dell'art. 8 e dell'art. 14 della CEDU. La Corte suprema, impossibilitata a procedere in senso abrogativo, indica in modo fermo al Governo la necessità del superamento in Inghilterra e Galles della discriminazione in atto, attraverso una riforma delle unioni registrate⁸¹. Facendo seguito a questa sollecitazione, il Governo avvia un'iniziativa legislativa volta ad estendere l'accesso alle unioni registrate anche alle coppie eterosessuali. L'iter legislativo si conclude a marzo del 2019, con l'entrata in vigore del *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act*⁸².

76. Alta Corte di Giustizia (Inghilterra e Galles), *Steinfeld and Anor v Secretary of State for Education* [2016] EWHC 128 (Admin), sentenza del 29 gennaio 2016, testo disponibile al sito: www.bailii.org, consultato il 5 novembre 2020.

77. Corte d'Appello (Inghilterra e Galles), *Steinfeld and Anotr v Secretary of State for Education* [2017] EWCA Civ 81, sentenza del 21 febbraio 2017, testo disponibile al sito: www.judiciary.gov.uk, consultato il 5 novembre 2020.

78. Corte suprema del Regno Unito, *R (on the application of Steinfeld and Keidan) v Secretary of State for International Development*, [2018] UKSC 32, sentenza del 27 giugno 2018, testo disponibile al sito: www.supremecourt.uk, consultato il 5 novembre 2020. Per un'approfondita analisi della sentenza: G. ZARRA, *L'illegittimità del divieto d'accesso alle unioni civili per le coppie eterosessuali: dalla svolta della Corte Suprema del Regno Unito alla necessità di ampliare l'ambito applicativo della legge Cirinnà*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 1024 ss.

79. *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*, del 17 luglio 2013.

80. *Human Rights Act 1998*, del 9 novembre 1998.

81. Cfr. A. HAYWARD, *Equal Civil Partnerships, Discrimination and the Indulgence of Time: R (on the application of Steinfeld and Keidan) v Secretary of State for International Development*, in *Modern Law Review*, 82, 2019, 925.

82. *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act 2019*, del 26 marzo 2019.

Poiché nel Regno Unito operano tre distinti sistemi giuridici, la decisione della Corte suprema ha avuto incidenza diretta solo su Inghilterra e Galles. Tuttavia l'indirizzo da essa espresso ha successivamente indotto Irlanda del Nord e Scozia a riforme legislative. Il 13 gennaio 2020 l'Irlanda del Nord, con il *Marriage (Same Sex Couples) and Civil Partnership (Opposite Sex Couples) (Northern Ireland) Regulations 2019*⁸³, permette il matrimonio fra persone dello stesso sesso e contestualmente – applicando la *ratio* della pronuncia della Corte suprema – modifica la Parte 4 del *Civil Partnership Act*, riservata in via esclusiva all'Irlanda del Nord, in modo da consentire anche alle coppie eterosessuali la stipulazione di unioni registrate. Il 28 luglio 2020 il Parlamento scozzese ha approvato il *Civil Partnership (Scotland) Act*⁸⁴, consentendo anche alle coppie di sesso opposto di registrare la propria unione in Scozia, dove peraltro già dal 2014 le coppie omosessuali potevano scegliere fra matrimonio e *civil partnership*⁸⁵.

L'indicazione che proviene dai pronunciamenti giurisprudenziali poc'anzi sintetizzati pare univoca. Si è intrapreso in questi ultimi due anni un percorso volto all'arricchimento della varietà tassonomica delle unioni di coppia riconosciute. Per un verso il modello di matrimonio indifferenziato sotto il profilo del genere tende progressivamente ad espandersi, su presupposti di eguaglianza tra le coppie e di dignità delle persone coinvolte. Per altro verso si sta affermando – in parallelo – un modello di convivenza riconosciuta più flessibile rispetto al matrimonio, ovvero l'unione registrata. Quando aperta a tutte le coppie, a prescindere dall'orientamento sessuale, essa assolve ad una nuova e specifica funzione sociale e risponde ad esigenze non solo contingenti, bensì anche valoriali e culturali. Occorre ora attendere che l'«asimmetria» fra i modelli di unione riconosciuta sia rilevata anche in altri contesti giurisprudenziali, nonché – se ciò avverrà – comprendere come ad essa si porrà rimedio.

83. *Marriage (Same Sex Couples) and Civil Partnership (Opposite Sex Couples) (Northern Ireland) Regulations 2019*, del 13 gennaio 2020.

84. *Civil Partnership (Scotland) Act 2020*, del 28 luglio 2020.

85. *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014*, del 12 marzo 2014.

Linee evolutive dei rapporti patrimoniali di famiglia tra diritto europeo e prassi nazionale

SOMMARIO: 1. Il quadro tassonomico familiare italiano ed europeo. – 2. Le norme italiane di diritto internazionale privato: mancato coordinamento con regolamenti europei 1103 e 1104/2016. – 3. La rilevanza dell'autonomia privata nei rapporti di famiglia. – 4. Accordi in vista di un matrimonio o di un'unione civile con elementi di internazionalità: rilievi sistematici. – 5. Il ruolo dei professionisti di area giuridica per l'implementazione effettiva delle opportunità offerte dal mutato quadro regolamentare in materia di rapporti patrimoniali di famiglia.

1. *Il quadro tassonomico familiare italiano ed europeo*

L'ordinamento giuridico italiano in materia di diritto di famiglia è radicalmente cambiato dopo l'adozione della l. 76/2016 con la quale sono state disciplinate le unioni civili e introdotti i contratti di convivenza. L'innovazione legislativa è stata determinata principalmente dalla necessità di adeguare l'ordinamento interno ai principi europei in materia di diritto di famiglia e, in particolare, dalla necessità di seguire le indicazioni venute dalla Corte di Strasburgo nel caso *Oliari c. Italia*¹. Anche la giurisprudenza

1. La decisione resa il 21 luglio 2015, ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11 è leggibile nel sito www.ehcr.coe.int. Per un commento v. P. BRUNO, *Oliari contro Italia: la dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. Dir.*, 2015, 2069; D. RUDAN, *L'obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso: il caso Oliari e altri c. Italia*, in *Riv. dir. intern.*, 2016, 190 ss. Per un esame delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritto a sposarsi delle coppie omosessuali, v., fra gli altri, N. HERVIEU, *La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société*, in *La Revue des droits de l'homme*, [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 septembre 2014, consulté le 12 janvier 2020. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/870>; DOI: 10.4000/revdh.870.

della Corte costituzionale italiana² ha favorito l'adozione dei nuovi istituti in quanto, con una serie di pronunce, ha rilevato l'incostituzionalità dell'assenza di istituti specifici utilizzabili da persone dello stesso sesso³. I giudici costituzionali, in un dialogo costante con i giudici della Corte Europea dei diritti dell'uomo e con la dottrina, hanno permesso il superamento di letture dogmatiche⁴ della stessa Costituzione e dato fondamento a importanti riforme del diritto familiare italiano quale, ad esempio, la legge 219/2012 in materia di filiazione. Il matrimonio, anche se connotato dalla diversità di sesso dei componenti la coppia⁵, non è più l'unica fonte del rapporto familiare⁶ e la protezione della vita familiare costituisce un obiettivo da assicurare non solo alle coppie eterosessuali⁷ tanto da determinare alcune scelte regolamentari contenute nella l. 76/2016.

Il formante giurisprudenziale domestico ed europeo ha, pertanto, contribuito a determinare un profondo mutamento della tassonomia familiare italiana⁸. Come dimostrato da un recente studio effettuato dalle Università di Camerino, di Almeria, Lubiana, Rijeka e dalla Fondazione Scuola di Alta Formazione Giuridica, nell'ambito del progetto PSEFS (Finanziato

2. V., fra le altre, Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138 e Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 170. In argomento v., per tutti, N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, in R. PANE (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, 39 ss., F. CARIMINI, *Le unioni civili: tra la famiglia "tradizionale" e nuovi "modelli" di comunione familiare*, in *Comparazione e dir. civile*, 2018, 1 ss., consultabile al seguente indirizzo http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/carimini_unioni.pdf.

3. Significativo il monito lanciato al legislatore dalla Corte Costituzionale nell'udienza pubblica del 27 gennaio 2021 consultabile al seguente indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210119084338.pdf. La Corte sollecita un intervento normativo sullo *status* dei figli frutto di procreazione artificiale effettuata da componenti di coppie *same sex*.

4. In argomento v. P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, 490.

5. Così Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138. V. anche la posizione assunta da Cass., 15 marzo 2012, n. 4184. In argomento v. F. CRISTIANI, *I modelli «familiari» nazionali alla prova della regolamentazione europea*, in *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets. Goineu Plus Project Final Volume*, a cura di S. Landini, Napoli, 2020, 268 ss.

6. In argomento cfr. F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Napoli, 1980, 110 ss.

7. In tal senso v. Corte EDU, 7 novembre 2013, *Vallianatos and others v. Greece*, n. 29381/09 and n. 32684, in www.echr.coe.int.

8. In argomento, fra gli altri, M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1248 ss. e R. PICARO, *Le famiglie e la loro regolazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1419 ss.

dalla Commissione Europea – Programma Justice), la tassonomia familiare dei vari Paesi membri è disomogenea e complica molto il processo di implementazione di regole uniformi. Se si legge il *report* dedicato ai dati raccolti durante la ricerca⁹ e si analizza la tabella illustrativa della tassonomia, ci si rende conto della diversità di strutture e della loro disomogeneità. La tassonomia familiare italiana presenta una situazione simile a quella dell'ordinamento inglese che fino al 2018 limitava l'accesso alla unione registrata alle sole coppie dello stesso sesso¹⁰. A seguito della pronuncia della Suprema Corte di Inghilterra e Galles del 27 giugno 2018¹¹, la quale dichiarava l'incompatibilità della legge inglese e gallese sulle unioni civili con la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il parlamento inglese ha, infatti, modificato la propria tassonomia familiare permettendo anche alle coppie eterosessuali di unirsi civilmente¹². L'Italia, a partire dal 2016, riserva espressamente alle sole coppie omosessuali l'istituto delle unioni civili, scegliendo, comunque, di non intaccare la configurazione tradizionale del matrimonio come unione di un uomo e di una donna¹³.

Le scelte personali quali quelle di sposarsi, convivere, unirsi ad un partner dello stesso sesso o di sesso diverso sono strettamente collegate a scelte regolamentari che attengono a profili esistenziali. Si pensi ai diversi approcci normativi presenti nello scenario europeo in ordine alla possibilità di ricorrere alla procreazione artificiale per avere figli, alla possibilità

9. V. R. GARETTO (ed), *Report on Collecting Data. Methodological and Taxonomical Analysis* (IgiTo/Youcanprint 2019, pubblicazione digitale, ISBN 9788831655453).

10. V. R. GARETTO, *Opposite-sex registered partnerships and recognition issues*, in *Case Studies and Best Practices. Analysis to Enhance EU Family and Succession Law. Working Paper*, a cura di J. Kramberger Škerl, L. Ruggeri, e F.G. Viterbo, Camerino, 2019, 90 s.

11. Si tratta della decisione sul caso *Steinfeld and Keidan v Secretary of State for International Development*, consultabile al seguente indirizzo <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0060-judgment.pdf>.

12. Si tratta del *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act 2019*, su cui v., fra gli altri, R. GARETTO, *Civil partnerships: the EU framework for cross-border couples and the recent legislative reform in the UK*, in 6th SWS, International Scientific Conference on Social Sciences 2019, Conference proceedings, volume 6, issue 1, 65 ss.; A. HAYWARD, *The Steinfeld effect: equal civil partnerships and the construction of the cohabitant*, in *Child and family law quarterly*, 31, 2019, 4 ss.

13. In dottrina propongono di colmare il vuoto legislativo con un'applicazione analogica dell'art. 32 bis, fra gli altri, D. DAMASCELLI, *Le nuove famiglie nella dimensione internazionale*, in A. ALBANESE (a cura di), *Le nuove famiglie*, Pisa, 2019, 100 e C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2017, 66.

di adottare, alla possibilità di intervenire nel c.d. fine vita del *partner*, al cd. *ius sepulchri*. L'entrata in vigore lo scorso gennaio 2019 di due regolamenti europei dedicati ai regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate¹⁴ ha evidenziato quanto siano stretti i collegamenti anche tra tassonomia delle coppie e profili patrimoniali dei rapporti familiari.

L'ambito di applicazione dei due Regolamenti europei condizionato dalle scelte personali effettuate dalle coppie (tipologia preferita), utilizzando la tassonomia italiana, finisce con l'essere influenzato anche dal sesso dei componenti la coppia: il Regolamento 1103 avrà riguardo ai coniugi che in Italia sono sempre e solo di sesso diverso, il Regolamento 1104 si applicherà alle sole coppie omosessuali in quanto soltanto per esse è previsto l'accesso all'unione registrata.

2. *Le norme italiane di diritto internazionale privato: mancato coordinamento con regolamenti europei 1103 e 1104/2016*

L'introduzione dell'unione civile italiana è stata seguita da una modificazione delle norme di diritto internazionale privato contenute nella legge speciale dedicata al diritto internazionale privato (l. 218/1995). Con uno specifico decreto legislativo (7/2017) il corpo normativo italiano dedicato al diritto internazionale è stato arricchito da norme che specificamente contemplano le unioni civili. L'Italia ha adottato una legislazione peculiare: in base all'art. 32 *bis* "il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani¹⁵ con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile

14. Per un commento ai due Regolamenti v., fra gli altri, P. BRUNO, *I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate*, Milano, 2019, 3 ss.; *The Eu Regulations on the Property Regimes of International Couples: A Commentary*, a cura di I. VIARENGO - P. FRANZINA, *Elgar Commentaries in Private International Law*, Cheltenham, 2020, 1 ss. e M. J. CAZORLA GONZÁLEZ - M. GIOBBI - J. KRAMBERGER ŠKERL - L. RUGGERI - S. WINKLER (a cura di), *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione europea*, Napoli, 2020, 19 ss. e 44 ss., consultabile al seguente indirizzo https://www.edizioniesi.it/pubblicazioni/libri/diritto_storia_filosofia_e_teorica_del_diritto_-_1/diritto_civile_-_1_-_07/regimi-patrimoniali-delle-coppie-transnazionali-nell-unione-europea.html.

15. La legge non menziona la differente ipotesi di due stranieri dello stesso sesso che hanno contratto il matrimonio all'estero. Secondo una parte della dottrina essi sarebbero disciplinati dall'art. 27 della l. 218/95. In argomento v., in vario senso, D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europeo*, in *Riv. dir. intern.*, 2017, 1110 e C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili*, cit., 45.

regolata dalla legge italiana¹⁶. Matrimoni omosessuali o qualunque altra forma di unione contratta all'estero da un italiano con uno straniero si trasformano automaticamente nell'unico istituto che l'Italia rende fruibile a coppie dello stesso sesso: l'unione civile. Il d.lgs. 7/2017 introduce, quindi, una forma peculiare di "novazione" dei negozi familiari, caratterizzata dall'estinzione della fattispecie contratta all'estero e dalla sua sostituzione con l'istituto italiano dell'unione civile. Del pari una "novazione" è prevista dall'art. 32-*quinquies* per l'unione civile, il quale dispone che "l'unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana". Questa disposizione è oltremodo problematica in quanto rende il criterio della residenza in Italia l'unico criterio di individuazione della legge applicabile, trascurando i principi di libertà di circolazione posti alla base dei Trattati europei, ma soprattutto entrando in contrasto con la disposizione contenuta nell'art. 26 del Reg. 1104/16. In mancanza di esercizio della *professio iuris* il regolamento europeo individua, infatti, la legge applicabile "nella legge dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita", non facendo alcun riferimento alla residenza comune dei partner¹⁷. La scelta normativa del 2017 non sembra suffragata neanche dalla salvaguardia delle norme di applicazione necessaria: questa categoria, come evidenziato nei *Considerando* n. 52 (Reg. 1103/2016) e n. 54 (Reg. 1104/2016), si riferisce a norme imperative quali la protezione della casa familiare e con difficoltà potrebbe ricomprendere norme che evitano la produzione di effetti da parte di modelli di coppia consentiti da altri Stati che siano conformi all'ordine pubblico italiano (si pensi ad una unione civile tra eterosessuali).

In base all'art. 32 *ter*, comma 4 i rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita. I partner, in alternativa, possono chiedere al giudice di applicare la legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata. Questa disposizione dimostra che è mancato

16. Il riconoscimento automatico dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso da un lato costituisce un'apertura del nostro ordinamento ad automatici riconoscimenti di effetti, dall'altro crea una disparità di trattamento rispetto ai requisiti previsti dall'art. 27 della l. 218/1995 per il riconoscimento di matrimoni tra eterosessuali costituiti all'estero. In argomento v. le considerazioni di A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. intern.*, 2019, 319.

17. In argomento v. le riflessioni svolte da E. CALÒ, *Variazioni sulla professio iuris nei regimi patrimoniali delle famiglie*, in *Riv. notar.*, 2017, 1093 ss.

un coordinamento con i regolamenti europei adottati nel 2016: essi nel 2017 non erano ancora in vigore, ma avrebbero dovuto indurre il legislatore italiano ad una diversa formulazione delle disposizioni dedicate agli effetti dei matrimoni o delle unioni registrate contratte all'estero da italiani. In base all'art. 26 del Reg. 1104/2016 "la legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate è quella dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita". La regola italiana di diritto internazionale privato potrebbe condurre all'individuazione di una legge applicabile diversa rispetto a quello frutto di applicazione del Regolamento. Il conflitto tra art. 32 *ter* e art. 26 Reg. 1104/2016 è risolto utilizzando l'istituto italiano della "disapplicazione". Dopo la sentenza n. 170/1984 la Corte costituzionale italiana ha stabilito che le leggi nazionali in contrasto con il diritto dell'UE debbano essere disapplicate¹⁸. La Corte costituzionale italiana in questo orientamento ha seguito le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia nel caso *Simmenthal*¹⁹. Un tribunale nazionale ha il dovere di dare piena efficacia alle disposizioni contenute in regolamenti europei, eventualmente rifiutando di propria iniziativa di applicare qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche se adottata successivamente, e non è necessario che il tribunale

18. V., però, Corte cost. 384/1994 che, con riferimento al contrasto tra delibera regionale e norme comunitarie *self executing*, ha pronunciato l'illegittimità costituzionale. In argomento v. A. CELOTTO, *Dalla "non applicazione" alla "disapplicazione" del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur.it.*, 1995, I, 341 ss., 348.

19. Corte giust., 9 marzo 1978, Causa 106/77, *Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978, 629 ss., punto 24. Per una ricostruzione unitaria dei rapporti tra ordinamento interno e c.d. ordinamento comunitario v. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, *passim* e, da ultimo, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, Fonti e interpretazione*, II, Napoli, 2020, 110 ss. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dopo il caso *Simmenthal* è oggetto di dibattito. In argomento v. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità: "Simmenthal revisited"?* Nota a Corte Giust., 11 settembre 2014 (causa C-112/13), in *Giur. cost.*, 2014, 4089 ss. Da ultimo, con riguardo a materia penale, cfr. Corte giust., 24 giugno 2019, *Popławski*, causa C573/17, ECLI:EU:C:2019:530, secondo cui "Le autorità degli Stati membri, compresi i giudici, sono tuttavia tenute a procedere, quanto più possibile, a un'interpretazione conforme del loro diritto nazionale che consenta loro di garantire un risultato compatibile con la finalità perseguita dalla decisione quadro di cui trattasi". Particolarmente significativa, in questo contesto, è Corte giust., 18 luglio 2007, *Lucchini SpA*, causa C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434, ove sulla base del primato del diritto dell'Unione si pone in discussione l'efficacia del giudicato sostanziale.

richiede o attenda di annullare tale disposizione con mezzi legislativi o costituzionali²⁰.

Come stabilito dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 111/2017²¹, che ha confermato la precedente sentenza n. 389/1989²², la non applicazione delle disposizioni di diritto interno non è da considerare in alcun modo un'ipotesi di abrogazione. Di conseguenza, contrariamente a quanto si legge nell'art. 32 *ter*, la legge applicabile in caso di mancata scelta delle parti risulta essere quella indicata dal Regolamento europeo.

Il quadro regolamentare italiano in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi e membri di unioni registrate risulta, pertanto, oltremodo complicato²³ e, in certa misura fuorviante²⁴ per il comune cittadino il

20. Nutre perplessità sulla compatibilità della disapplicazione con gli obblighi di adeguamento normativo contenuti nei trattati, tra gli altri, A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., 323, nota 107.

21. Si tratta di Corte Cost., 12 maggio 2017, n. 111, in *Pluris* ove testualmente si afferma "La non applicazione delle disposizioni di diritto interno, non equiparabile in alcun modo a ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità delle stesse (sentenza n. 389 del 1989), rientra, in effetti, tra gli obblighi del giudice nazionale, vincolato all'osservanza del diritto dell'Unione Europea e alla garanzia dei diritti che lo stesso ha generato, con il solo limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona".

22. Si tratta di Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389, in *Pluris*, ove si afferma testualmente che «le norme comunitarie direttamente applicabili prevalgono rispetto alle norme nazionali, anche se di rango legislativo, senza tuttavia produrre, nel caso che queste ultime siano incompatibili con esse, effetti estintivi. Più precisamente, l'eventuale conflitto fra il diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno, proprio perché suppone un contrasto di quest'ultimo con una norma prodotta da una fonte esterna avente un suo proprio regime giuridico e abilitata a produrre diritto nell'ordinamento nazionale entro un proprio distinto ambito di competenza, non dà luogo a ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce un effetto di disapplicazione di quest'ultima, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi».

23. Il tema del *drafting* legislativo è una questione attualissima declinabile in tanti ambiti. In argomento, fra gli altri, v. M. ROSINI, *La comunicazione normativa: verso nuove forme di pubblicità della legge?* in *La qualità della regolazione*, a cura di P. Caretti, Osservatorio sulle fonti, 2007, Torino, 2009.

24. Corale è la critica alla novella delle norme di diritto internazionale privato apportata dal d.lgs. 5/2017. In argomento v., per tutti, G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie di medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell'art. 1 della legge 20 maggio 2016 n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, I, 101 ss.

quale, seguendo la lettera della legge e non conoscendo gli ormai vigenti Regolamenti europei, potrebbe trarre informazioni del tutto errate circa la legge applicabile al suo rapporto patrimoniale.

L'individuazione della legge applicabile funzionale alla conoscenza della legge è un procedimento complesso perché la modifica legislativa apportata al testo di legge italiano non tiene conto della sopravvenuta vigenza dei Regolamenti europei. La possibilità di disapplicare il diritto interno difforme rispetto al diritto europeo si intreccia con il tema dibattuto del primato del diritto dell'Unione sui diritti interni: tema attualissimo affrontato con diversi esiti a seconda della natura dell'atto dell'Unione e diversamente attuato dalle alte corti dei singoli Stati Membri.

Si comprende, pertanto, quanto la coppia *cross-border*, spesso costituita da persone provenienti da Stati e culture giuridiche diverse da quella del Paese in cui risiedono, possa essere oltremodo in difficoltà dovendo da un lato comprendere i meccanismi attuativi del primato del diritto dell'Unione nello Stato italiano e dall'altro comprendere l'evoluzione del tema a livello europeo²⁵. In questo contesto pare auspicabile che le modalità di redazione delle norme di diritto internazionale privato siano particolarmente accurate, in grado di fornire coordinate comprensibili e i professionisti forniscano servizi di informazione e supporto aggiornati. L'internazionalità è un elemento che complica l'individuazione della legge applicabile e/o della giurisdizione, ma che in settori quali quello del diritto di famiglia che coinvolgono persone e non professionisti, rende necessario un approccio che persegua livelli adeguati di effettività e di inclusività.

Quando la coppia è transnazionale l'accesso alla conoscenza della regola applicabile costituisce un profilo relevantissimo in quanto funzionale ad obiettivi di effettività della giustizia e di inclusione sociale²⁶. La politica legislativa italiana risulta, pertanto, criticabile perché non idonea in modo adeguato ad assicurare quella conoscibilità della legge sostrato della funzione ordinamentale del diritto, ma ancor più elemento fondamentale per rendere effettivi i diritti che l'ordinamento attribuisce ai singoli.

25. Per un esame del complesso quadro con riferimenti anche a recenti orientamenti giurisprudenziali v. D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, fasc. 3, 42.

26. Per alcune riflessioni sull'importanza del sapere giuridico e sulla sua accessibilità v. F. CAPRA - U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, Sansepolcro, 2017, 227 ss.

3. La rilevanza dell'autonomia privata nei rapporti di famiglia

Un profilo di sicuro interesse dei due Regolamenti è senz'altro costituito dalla rilevanza che essi attribuiscono alla c.d. *professio iuris*. Proprio come nel Medioevo il sistema giuridico europeo in materia di rapporti patrimoniali di famiglia esalta la libertà di scelta di ogni coppia che con una propria valutazione individuerà la legge dello Stato cui desidera sia assoggettato il rapporto patrimoniale. Le disposizioni contenute nell'art. 22 di entrambi i regolamenti attribuiscono un diritto di scelta della legge applicabile esercitabile nella forma di un accordo.

L'accordo previsto dai Regolamenti ha caratteristiche e contenuti diversi rispetto alla *professio iuris* prevista dal diritto internazionale privato italiano: di conseguenza, in caso di contrasto tra la regolamentazione europea e la regolamentazione domestica, in virtù del meccanismo della disapplicazione, prevarrà sempre il regolamento europeo.

A differenza di altri regolamenti europei in materia di famiglia, la scelta della legge applicabile avviene all'interno di una serie di possibili opzioni elencate dall'art. 22 che per i coniugi sono costituite dalla legge dello Stato in cui entrambi o uno dei coniugi hanno la residenza abituale o dalla legge dello Stato in cui uno dei coniugi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo. Nel diritto di famiglia europeo la libertà di scelta è ancorata a nozioni quali la residenza o la cittadinanza (si pensi alla scelta della legge in ipotesi di separazione e divorzio – art. 5 Reg. 1259/2010), mentre nel diritto contrattuale ed extracontrattuale europeo la libertà di scelta non incontra un *range* di opzioni entro la quale deve essere esercitata (v. art. 3 Reg. Roma I e art. 14 Reg. Roma II) risultando esplicabile senza limiti, ad esclusione di quelli derivanti da norme di applicazione necessaria o di ordine pubblico. I partner godono di un criterio di scelta *ad hoc*, assente per i coniugi, costituito dalla legge dello Stato “ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita”. La disciplina italiana introdotta nel 2017 e contenuta nell'art. 32-ter fa, invece, riferimento “alla legge dello Stato davanti alla cui autorità l'unione è stata costituita”: come accennato, è evidente che i due criteri potrebbero condurre all'applicazione di leggi diverse²⁷. La normativa italiana autorizza le parti a chiedere al giudice l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata: anche questa regola è destinata a soccombere per il prevalere della più generale libertà concessa ai

27. E. CALÒ, *Variazioni sulla professio iuris nei regimi patrimoniali delle famiglie*, cit., 1093 ss.

partner dal regolamento 1104/2016 di optare, senza bisogno di interventi dell'autorità giudiziaria, per "la legge dello Stato della residenza abituale dei partner o futuri partner, o di uno di essi, al momento della conclusione della convenzione". Secondo la giurisprudenza italiana quando la legge applicabile è individuata dal luogo in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata (art. 30), il regime dell'atto di acquisto compiuto dai coniugi resta governato da quella legge anche se successivamente i coniugi cambiano luogo di residenza²⁸: è evidente che questa giurisprudenza domestica dovrà confrontarsi con orientamenti interpretativi europei determinati dall'uso del criterio della residenza adottato dai regolamenti.

Il potere di scegliere la legge applicabile è attribuito non soltanto ai coniugi o ai partner, ma anche a quanti in futuro si sposteranno o costituiranno un'unione registrata. La rilevanza di pattuizioni in vista del matrimonio o dell'unione registrata costituisce una delle più importanti novità introdotte dal diritto europeo con riguardo all'ordinamento italiano. Le convenzioni sulla scelta della legge applicabile, in una lettura sistematica dell'ordinamento, assurgono a vere convenzioni matrimoniali²⁹ dovendo rispettarsi i requisiti di forma e di sostanza per essi previsti dalla legge individuata dalle parti. Il ruolo dell'autonomia privata nei rapporti personali e patrimoniali di famiglia è un tema al centro del dibattito attuale. Con riguardo ai regimi patrimoniali, l'internazionalità permette di beneficiare della possibilità accordata dai regolamenti e di determinare, già prima del matrimonio o dell'unione, quale legge applicare ai propri rapporti patrimoniali³⁰. Quando i coniugi o i partner sono entrambi di nazionalità italiana oppure sono sottoposti alla legge italiana in virtù delle regole europee e/o internazionali in materia di individuazione della legge applicabile, il ruolo dell'autonomia privata è quello proprio dell'ordinamento italiano. La vita delle coppie è improntata alla regola in base alla

28. Per una concezione statica della legge applicabile ai sensi dell'art. 30 l. 218/1995 v., da ultimo, App. Catania, 24 settembre 2018, in *DeIure*.

29. Il tema molto dibattuto, con riguardo all'art. 30 della l. 218/1995, è affrontato, tra gli altri, da E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il codice civile, Commentario Schlesinger*, Milano, 2004, 516 e F. SALERNO CARDILLO, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, Studio 05.09.10.46/UE, *La forma dell'accordo di scelta della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi (art. 30 legge 218/1995)*, consultabile in <https://www.notariato.it/sites/default/files/46.pdf>.

30. Sull'impatto dei Regolamenti 1103 e 1104/2016 sull'ordinamento italiano con riguardo al tema delle modificazioni dei regimi patrimoniali delle unioni civili e delle coppie conviventi v. A. ALAMANNI, *The modification of matrimonial agreements and property agreements between partners and cohabitants*, cit., 331 ss.

quale i coniugi “concordano tra loro l’indirizzo della vita familiare” e con il potere di ciascun coniuge di attuare l’indirizzo concordato (art. 144 c.c.). Il regime patrimoniale sia per i coniugi che per i componenti l’unione civile è quello della comunione dei beni, anche se è possibile derogare alla comunione dei beni tramite convenzioni che debbono essere stipulate per atto pubblico a pena di nullità (art. 162 c.c.; art. 1, comma 13 l. 76/2016). La legislazione italiana limita l’esercizio dell’autonomia: non contempla, infatti, i c.dd. patti prematrimoniali che incidano sui rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio e con molta cautela ammette negoziazioni su profili familiari. Nel vuoto legislativo la giurisprudenza³¹ considera gli accordi prematrimoniali nulli perché la materia sarebbe indisponibile e come tale sottratta all’auto-regolamentazione. Un orientamento più recente sembra consentire soluzioni meno rigide: con alcune decisioni l’invalidità dei patti è stata considerata azionabile soltanto da uno dei due partner³², con altra significativa decisione³³ si è ammessa la validità di una promessa di trasferimento della proprietà di un immobile a favore del futuro coniuge nel caso di divorzio quale compensazione delle spese affrontate in vista del matrimonio per ristrutturare l’abitazione. In realtà, anche attraverso l’adozione di strumenti quali la negoziazione assistita alternativi al processo che conduce al divorzio³⁴, con sempre maggiore favore della dottrina³⁵, si sta facendo strada un nuovo approccio al tema dei patti pre-matrimoniali, testimoniato dalla recente³⁶ presentazione di

31. In tal senso, fra le altre, v. Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788 e Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224.

32. Si fa riferimento a Cass., 1 marzo 2006, n. 5302 e Cass., 18 luglio 2007, n. 17634.

33. Si tratta di Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1, 256, con nota di I. TARDIA. Una possibile apertura a negoziazioni anticipate aventi per oggetto, ad esempio, l’ammontare dell’assegno di divorzio può essere ravvisata nella recente decisione resa a Sezioni Unite (S.U., 11 luglio 2018, n. 18287) che individua nell’assegno una componente non assistenziale. In argomento v. le riflessioni contenute nel Dossier del Servizio Studi sull’A.S. n. 1151 “Delega al Governo per la revisione del codice civile”, 2019, 10, consultabile al seguente indirizzo <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01112188.pdf> e C. BENANTI, *La funzione dell’assegno di divorzio nel sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Famiglia*, 2019, 161.

34. Al riguardo, fra gli altri, v. C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l’introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 207 ss.

35. In argomento, per tutti, v. G. OBERTO, *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2008, 25 ss.

36. Il disegno di legge delega, di iniziativa governativa, è stato presentato il 30 luglio 2019 ed è attualmente all’esame del Senato.

una proposta di legge delega in materia di riforma del codice civile con la quale il parlamento italiano delegherà il governo a disciplinare, tra l'altro, proprio la materia dei patti prematrimoniali.

4. *Accordi in vista di un matrimonio o di un'unione civile con elementi di internazionalità: rilievi sistematici*

Occorre domandarsi quale ruolo ha l'autonomia privata in materia di regolamentazione anticipata dei rapporti patrimoniali in ipotesi di internazionalità. Se la coppia chiede l'esecuzione di accordi effettuati in Stati che tale autonomia consentono³⁷, resta il limite posto dai Regolamenti del 2016 costituito dall'applicazione dei principi di ordine pubblico del foro (art. 31 reg. 1103/2016 e reg. 1104/2016) e dal divieto di riconoscimento di decisioni emesse da autorità giurisdizionali straniere (art. 37 Reg. 1103/2016 e Reg. 1104/2016) in caso di violazione dell'ordine pubblico. Se i patti prematrimoniali sono considerati manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico essi non avranno possibilità di essere applicati sul territorio italiano. Sembrano assumere un certo rilievo³⁸ le indicazioni contenute nei *Considerando* nn. 54 e 53 dei due regolamenti (rispettivamente il n. 1103 e il n. 1104) i quali precisano che determinate disposizioni di una legge straniera possano essere disattese soltanto in "circostanze eccezionali", per "ragioni di interesse pubblico" e con riferimento a "una precisa fattispecie"³⁹. L'ordine pubblico non potrà, poi, mai essere invocato qualora la sua eccezione comporti la violazione della normativa sui diritti contenuti nella Convenzione Europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e/o del principio di non discriminazione.

Il controllo di conformità all'ordine pubblico effettuato su atti di autonomia privata aventi per oggetto rapporti patrimoniali familiari non necessariamente conduce a risultati analoghi a quelli cui si giungerebbe in

37. Al riguardo v. Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv.*, 1985, 579; in *Dir. fam. pers.*, 1984, 521.

38. In argomento v. C. SILVESTRI, *Il contrat de mariage in Francia e la circolazione UE degli accordi prematrimoniali*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini e M. Palazzo, Milano, 2018, 485 ss.

39. Sulla natura e il ruolo dell'ordine pubblico nei rapporti connotati da internazionalità e sul diverso funzionamento rispetto a fattispecie domestiche, v. G. PERLINGIERI - G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 53 ss. In argomento cfr., anche, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 350 ss.

rapporti esclusivamente domestici. L'assenza di una normativa specifica sui c.dd. patti prematrimoniali, ad esempio, non necessariamente impedisce il riconoscimento di patti prematrimoniali regolati da leggi straniere che li consentono. Se nel caso concreto l'esclusione della rilevanza determina un'irragionevole prevalenza di norme o principi domestici rispetto a principi quali la libera circolazione delle persone e la continuità delle situazioni giuridiche di cui sono titolari, non può ipotizzarsi alcuna difformità all'ordine pubblico essendo questo istituto chiamato ad operare in un quadro regolamentare europeo e internazionale e non esclusivamente nazionale⁴⁰.

L'ambito di applicazione delle regole sul riconoscimento delle decisioni straniere è poi davvero ampio: come, infatti, ribadito nel *Considerando* n. 29 di entrambi i regolamenti, la decisione in materia di rapporti patrimoniali oggetto della regolamentazione europea comprende non solo quella emessa da autorità giurisdizionali *strictu sensu* intese, ma anche quella adottata da notai o altri professionisti cui l'ordinamento attribuisca compiti o deleghi compiti propri delle autorità giurisdizionali in materia di rapporti patrimoniali. La tendenza dei Regolamenti a dare riconoscimento a situazioni costituite all'estero senza possibilità di sindacare sulla loro costituzione costituisce un ulteriore profilo di dibattito circa il ruolo del riconoscimento⁴¹ quale strumento che favorisce la continuità delle situazioni personali e familiari⁴² in una società connotata da mobilità internazionale delle persone e dei nuclei familiari.

40. In argomento v., fra gli altri, R. BARATTA, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2005, 602.

41. In argomento cfr., per tutti, P. LAGARDE, *Introduction au thème de la reconnaissance des situations: rappel des points les plus discutés*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Parigi, 2013, 23 ss. Su tali profili v. anche E. DEL PRATO, *Categorie "internazionalprivatistiche" ed istituti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 94 ss.

42. Sul tema, fra gli altri, v. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2016, 49 ss.

5. *Il ruolo dei professionisti di area giuridica per l'implementazione effettiva delle opportunità offerte dal mutato quadro regolamentare in materia di rapporti patrimoniali di famiglia*

Il ricorso crescente all'autonomia privata in materia di rapporti patrimoniali di famiglia⁴³ rende necessario soffermarsi sul ruolo e sulle attività che i professionisti di area giuridica sono chiamati a svolgere in modo sempre più frequente, particolarmente se notai. L'impatto della regolamentazione europea, che ormai in modo costante, prevede la convenzione di scelta della legge applicabile richiede un esame non più solo domestico, ma europeo e internazionale. Nell'ordinamento italiano già l'art. 161 c.c. con riguardo a convenzioni domestiche consente di assoggettare a norme straniere il regime patrimoniale e tale disposizione richiede un coordinamento con le norme di diritto internazionale privato e con quelle di origine regolamentare europea. In questo contesto il notaio chiamato a redigere atti per coppie che siano composte da soggetti entrambi stranieri, oppure uno straniero ed uno italiano, si trova a disporre di un complesso quadro regolatorio formatosi in epoche diverse, nel contesto di riforme legislative con "ratio" diverse oppure nel quadro di un processo di armonizzazione europea e/o internazionale (ad esempio, la convenzione relativa alle obbligazioni alimentari post separazione e divorzio di cui all'art. 15 del Regolamento europeo 4/2009 sulle obbligazioni alimentari). Si pensi alla convenzione *ex art.* 161 c.c. con cui gli sposi richiamano leggi straniere. Essa pone numerosi problemi poiché permette alle coppie di richiamare norme straniere⁴⁴, ma, al momento, opera solo per coppie coniugate e non è applicabile alle unioni civili⁴⁵. Secondo dottrina e giurisprudenza, poi, le norme straniere richiamate sono considerate alla stregua di clausole contrattuali e, pertanto, sono insensibili ad un eventuale cambiamento⁴⁶ o abrogazione⁴⁷ avvenuta nell'ordinamento in cui sono inserite e anche

43. In argomento cfr., fra gli altri, S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Trattato Zatti*, III, Milano, 2002, *passim*.

44. In generale sui problemi posti dalle convenzioni di scelta della legge applicabile nelle norme di diritto privato internazionale v. N. CIPRIANI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi, norme di conflitto e variabilità della legge applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 19 ss.

45. Manca, infatti, un suo richiamo per le unioni civili da parte della l. 76/2016.

46. Così U. CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il diritto di famiglia*, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, II, Torino, 1997, 21.

47. Così F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1961, 515 ss.

per questa disposizione normativa vale il criterio della disapplicazione in caso di contrasto con le regole contenute nei Regolamenti europei. La convenzione sulla legge applicabile per operare quale norma di conflitto deve essere in forma scritta e, qualora la legge scelta sia quella italiana, ai sensi dell'art. 30 l. 218/1995, dovrà avere i requisiti di forma e di sostanza richiesti dalla legge italiana per le convenzioni matrimoniali (atto pubblico in presenza di due testimoni, annotazione a margine dell'atto di matrimonio)⁴⁸.

Per le unioni civili l'annotazione della scelta della legge applicabile, ai sensi dell'art. 70-*quaterdecies* della legge di riordino dello stato civile, è inserita nell'atto di costituzione dell'unione civile e ai sensi dell'art. 32 *ter*, comma 4 deve essere stipulata in forma scritta: anche per l'unione civile potrebbe ipotizzarsi che, in caso di applicazione della legge italiana, vengano rispettati i requisiti di forma e di sostanza previsti dalla legge italiana per gli accordi patrimoniali tra gli uniti civilmente. Il notaio italiano, dopo l'introduzione del contratto di convivenza registrato, svolge un ruolo chiave anche nella redazione di contratti di convivenza disciplinati dall'art. 1, comma 50 della l. 76/2016. Il contratto di convivenza ha per oggetto i rapporti patrimoniali della coppia che conviva senza essere sposata o unita civilmente. Si tratta di una novità per l'Italia in quanto con questa disciplina viene chiarito che anche in questo campo può svolgere un ruolo l'auto-regolamentazione. I requisiti formali (redazione di un atto pubblico o autenticazione della scrittura privata) coinvolgono il notaio (ma l'autentica può essere apposta anche da un avvocato) il quale deve attestare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. Il contratto può contenere: *a*) l'indicazione della residenza; *b*) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo; *c*) il regime patrimoniale della comunione dei beni. Il contratto non può essere sottoposto a termini o condizioni e può cessare per una serie di cause elencate all'art. 1, comma 54 della l. 76/2016: *a*) accordo delle parti; *b*) recesso unilaterale (in tal caso il professionista che ha redatto l'atto ha l'onere di notificare il recesso all'altro convivente)⁴⁹; *c*) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona; *d*)

48. Così dispone l'art. 69, lett. *b* del D.P.R. 3 novembre 2000 n. 396 in materia di semplificazione dell'ordinamento dello Stato civile.

49. In base all'art. 1, comma 61, "Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione".

morte di uno dei contraenti⁵⁰. Al notaio è riservato il compimento degli atti di trasferimento di diritti reali immobiliari discendenti dal contratto di convivenza. Questo accordo verrà reso opponibile ai terzi attraverso iscrizione nei registri dell'anagrafe⁵¹.

La presenza di variegati modelli di convivenza familiare, il numero crescente di coppie internazionali o di coppie che risiedono in un Paese diverso da quello di cui sono cittadini hanno determinato un significativo intervento del legislatore europeo in profili un tempo riservati a norme di diritto internazionale privato. In questo quadro l'autonomia privata assume un duplice ruolo: scelta del modello familiare e, in caso di elementi di internazionalità, scelta della legge applicabile ai loro rapporti familiari con conseguente scelta del regime patrimoniale. Il notaio è quindi chiamato ad affiancare le coppie nell'esercizio delle loro scelte facendo in modo che l'autonomia privata non confligga con l'ordine pubblico e che vengano rispettate le norme di applicazione necessaria. In questo settore, però, anche gli avvocati hanno crescenti spazi di intervento (negoziazione assistita in materia familiare, autenticazione delle scritture private contenenti accordi di convivenza ecc.) di conseguenza soltanto un'alleanza tra i professionisti di area giuridica e una condivisione delle loro *best practices* potrà permettere di rendere effettiva ed effettivamente esercitata l'autonomia negoziale introdotta in materia familiare⁵² dal nuovo quadro regolamentare europeo. In questo ambito, in modo evidente, possono essere rilevati quanto siano stretti i legami tra conoscenza della legge, consapevole uso delle possibilità da essa offerte e effettività della giustizia⁵³.

50. Ex art. 1, comma 63, "il contraente superstite o gli eredi del contraente deceduto devono notificare al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza l'estratto dell'atto di morte affinché provveda ad annotare a margine del contratto di convivenza l'avvenuta risoluzione del contratto e a notificarlo all'anagrafe del comune di residenza".

51. In argomento v. F. MECENATE, *Comunione legale, contratto di convivenza e circolazione dei beni dopo la legge «Cirinnà»*, in Studio n. 196-2017/C, consultabile al seguente indirizzo <https://www.notariato.it/sites/default/files/196-2017-C.pdf>.

52. L'autonomia negoziale in contesto connotato da elementi di internazionalità assume una rilevanza anche in ambito successorio. Al riguardo v. E. BERGAMINI, *Agreements between Spouses and Partners, and Agreements as to Successions*, in *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets. Goineu Plus Project Final Volume*, cit., 93 ss.

53. I rapporti tra effettività della legge e consapevolezza del destinatario della legge costituiscono una sfida importante. Sul tema v. F. FLEERACKERS, *Normative Inclusion: Affective Law and Civic Education*, in *Rechtstheorie*, 1996, 15 ss.

La legge applicabile nei regimi patrimoniali delle coppie internazionali: novità e casi pratici

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Matrimoni e unioni registrate. – 3. Obiettivi e applicazione dei Regolamenti. – 4. Principi generali sulla legge applicabile. – 5. Legge applicabile in mancanza di scelta delle parti. – 6. La scelta della legge applicabile.

1. Premessa

I Regolamenti UE 24 giugno 2016, n. 2016/1103 e n. 2016/1104¹ rappresentano la nuova fonte normativa per la definizione della legge applicabile in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

I due Regolamenti rappresentano uno strumento di attuazione della cooperazione rafforzata e, conseguentemente, il loro ambito di applicazione è limitato ai Paesi partecipanti². Gli Stati Membri dell'Unione Europea non partecipanti alla cooperazione rafforzata continuano ad applicare le rispettive norme interne di diritto internazionale privato, con possibile conflitto tra queste ultime e le disposizioni dei Regolamenti.

I Regolamenti presentano un contenuto uguale tra loro, nella maggior parte della disciplina, fermo restando il differente ambito applicativo relativo ai matrimoni per il Regolamento n. 2016/1103 e alle unioni registrate

1. Si tratta, nello specifico, del Reg. UE n. 2016/1103 del Consiglio del 24 giugno 2016 *che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi* e del Reg. UE n. 2016/1104 del Consiglio del 24 giugno 2016 *che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate*, entrambi in GU L 183 dell'8 luglio 2016.

2. I Paesi partecipanti alla cooperazione rafforzata sono: Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Cipro, Croazia, Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Austria, Portogallo, Slovenia, Finlandia e Svezia.

per il Regolamento n. 2016/1104. Per questo motivo, i due Regolamenti verranno trattati congiuntamente, in modo da fare emergere in modo più evidente le parti in cui vi è una regolamentazione differente tra le due discipline.

Verrà principalmente analizzata la particolare materia della legge applicabile ai regimi patrimoniali, con un inquadramento generale dei Regolamenti e con la definizione del loro ambito applicativo, e saranno contestualmente trattati dei casi pratici per illustrare i principi generali.

2. *Matrimoni e unioni registrate*

L'analisi dalle definizioni di matrimonio e di unione registrata fa emergere una prima differenza tra i due Regolamenti.

Il Regolamento n. 2016/1103 non contiene una definizione di matrimonio e rimanda alle legislazioni interne dei singoli Stati Membri per definire che cosa si tratti per unione matrimoniale e, al fine di determinarne il suo ambito applicativo. Al contrario, il Regolamento n. 2016/1104 definisce, ai soli fini della normativa in esame, l'unione registrata come quel "regime di comunione di vita tra due persone previsto dalla legge, la cui registrazione è obbligatoria a norma di legge e conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione".

Al fine di favorire l'approvazione del Regolamento n. 2016/1104 da parte del numero più ampio possibile di Stati Membri, è stato espressamente previsto nel *Considerando* n. 17 che nessuno Stato Membro è tenuto ad introdurre l'istituto dell'unione registrata se non è prevista dalla propria legislazione nazionale. In tal modo, si è cercato di evitare di escludere dalla cooperazione rafforzata quei Paesi che prevedevano solamente il matrimonio come unico tipo di unione riconosciuto nel rispettivo ordinamento.

Con riferimento all'ordinamento italiano, non vi sono dubbi che il Regolamento n. 2016/1103 trovi applicazione per le coppie unite in matrimonio, mentre maggiori incertezze sorgono per le unioni civili. Ad una prima lettura, privilegiando il tenore letterale delle normative in analisi, si potrebbe affermare che il concetto di unione registrata, secondo il Regolamento n. 2016/1104, corrisponde a quello di unione civile nell'ordinamento interno.

La legge che ha introdotto in Italia le unioni civili³ ha equiparato dal punto di vista sostanziale questo istituto al matrimonio, salve lievi

3. L. n. 76/2016 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze).

differenze relative alla mancanza della fase di separazione, all'obbligo di fedeltà e alla possibilità di adozione. In tal modo, in Italia la principale differenza tra matrimonio e unione civile è rappresentata dalla differenza di sesso dei coniugi nel primo istituto rispetto alla seconda, che può essere costituita solamente da due persone dello stesso sesso. Questo ha portato a sostenere la tesi che le unioni civili italiane potrebbero essere regolate dal Regolamento n. 2016/1103, in quanto sono state sostanzialmente parificate al matrimonio. A sostegno di questa interpretazione, il differente ambito applicativo dei due Regolamenti non si basa in alcun modo sul fatto che la coppia sia composta da persone dello stesso sesso o meno.

Simili dubbi sorgono per il peculiare istituto delle convivenze di fatto. La mancanza di omogeneità tra le diverse forme di unione registrata tra gli Stati Membri ha costretto il legislatore europeo a precisare nel *Considerando* n. 16 che non sono comprese nell'ambito applicativo del Regolamento n. 2016/1104 quelle "coppie che vivono in unione di fatto".

In Italia, bisogna distinguere tra quelle persone che convivono⁴ o che hanno la stessa residenza⁵ e quelle che hanno dichiarato all'ufficio anagrafe di costituire una coppia di fatto⁶ e di coabitare nella stessa casa.

La prima ipotesi sicuramente non rientra nell'ambito applicativo del Regolamento in analisi, vista la mancanza di qualsiasi formalità di queste unioni. In tal caso, i due conviventi formano comunque una coppia costituita da "persone maggiorenti unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile"⁷, ma non godono dei diritti propri delle convivenze di fatto registrate.

Nella seconda ipotesi, invece, i due conviventi devono avere la dichiarazione di costituire una coppia di fatto e di coabitare nella stessa casa di fronte all'ufficiale dello stato civile⁸. Secondo una prima interpretazione, tale dichiarazione costituisce requisito sufficiente e necessario per attribu-

4. Questo caso comprende tutte quelle coppie che, di fatto, vivono insieme, ma che anagraficamente hanno una residenza diversa.

5. In tale caso, possono rientrare quelle persone che, pur avendo la stessa residenza, non costituiscono in alcun modo una coppia di fatto: si pensi, ad esempio, a due studenti che, pur abitando in una stessa casa, affittano ciascuno una parte di casa.

6. Si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223.

7. Si veda l'art. 1, comma 36 della L. n. 76/2016 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze).

8. Tale dichiarazione può altresì essere inviata tramite fax o per via telematica.

ire un carattere formale e solenne al rapporto, tale da consentire l'applicazione del Regolamento n. 2016/1104. Una seconda tesi, invece, ritiene che la mera dichiarazione anagrafica non attribuisce a tali rapporti una stabilità tale da "tenere conto della loro specificità e di definire norme ad esse applicabili in uno strumento dell'Unione", come affermato dal *Considerando* n. 16 del medesimo Regolamento. Questa interpretazione si basa sul fatto che la convivenza è una situazione di fatto accertata tramite gli atti anagrafici, senza che questi ultimi costituiscano alcun legame duraturo⁹.

3. *Obiettivi e applicazione dei Regolamenti*

L'emanazione di normative in materia di diritto di famiglia da parte del legislatore europeo ha rappresentato un cambio significativo nelle prospettive dell'Unione Europea. Le prime normative comunitarie riguardavano unicamente materie economiche, visto l'iniziale obiettivo di collaborazione economica della Comunità Economica Europea. Invece, i recenti Regolamenti in materia di diritto delle persone e di famiglia rappresentano la risposta alla necessità di tutela sociale di quella che si può definire la "generazione Erasmus".

Secondo un recente studio della Commissione Europea sull'impatto dell'Erasmus sui giovani, il 27% degli studenti che hanno studiato o fatto un'esperienza di stage all'estero ha incontrato il proprio partner fisso durante questo periodo e dal 1987 ad oggi sono nati circa un milione di bambini, figli di coppie Erasmus.

Nello specifico, i due Regolamenti rappresentano una delle tante misure adottate dall'Unione Europea per la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone¹⁰. Come espressamente disposto dal *Considerando* n. 2 di entrambi i

9. Questa interpretazione è stata sostenuta dal Consiglio Nazionale del Notariato; si veda M. L. CENNI, *La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze. Profili generali degli istituti*, in CNN Notizie del 20 giugno 2016; D. BOGGIALI - A. RUOTOLO, *La legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate nei Regolamenti europei (CE) 24 giugno 2016, n. 2016/1103 e n. 2016/1104*, in CNN Notizie del 18 gennaio 2019.

10. Altri recenti Regolamenti emanati in materia di diritto di famiglia sono il Reg. CE n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, *relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari*, in GU L 7 del 10 gennaio 2009; e il Reg. UE n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, *relativo alla competenza, alla legge applicabile,*

Regolamenti, richiamando l'art. 81 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, il raggiungimento di questi obiettivi include misure volte ad assicurare la compatibilità e l'armonizzazione delle regole applicabili negli Stati Membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione.

L'obiettivo dei Regolamenti è fornire una disciplina certa ed univoca in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e delle unioni registrate, visto il numero sempre crescente di coppie transnazionali. Viene, quindi, garantita alle coppie, sposate e non, quella certezza del diritto e prevedibilità nei loro rapporti patrimoniali, riunendo in un solo strumento tutte le norme ivi applicabili. In particolare, i due Regolamenti, nell'ampia definizione di regime patrimoniale, regolano tutti i rapporti patrimoniali dei coniugi o dei partner tra loro e rispetto ai terzi in conseguenza del matrimonio o dell'unione registrata e del suo scioglimento.

Vengono espressamente escluse le materie fiscali, doganali e amministrative. Altre limitazioni applicative sono quelle materie già disciplinate da altri specifici Regolamenti, come le obbligazioni alimentari tra coniugi o tra partner¹¹ e le questioni relative alla successione a causa di morte del coniuge o del partner¹². Solamente questioni specifiche continuano a essere disciplinate dal diritto nazionale degli Stati Membri, come la capacità giuridica generale dei coniugi o dei partner o l'esistenza, la validità o il riconoscimento di un matrimonio o di un'unione registrata. Questa scelta si ricollega all'analizzata assenza di definizione di matrimonio nel Regolamento, lasciata alla discrezionalità e sensibilità dei singoli Stati Membri.

Viene altresì tutelata la peculiarità del sistema dei diritti reali, differente in ogni Paese. In particolare, secondo il *Considerando* n. 24, uno Stato Membro non dovrebbe essere tenuto a riconoscere un diritto reale su un bene situato sul suo territorio se il diritto reale in questione non è contemplato dalla sua legge nazionale, poiché non si può incidere sul numero limitato dei diritti reali conosciuti nei singoli diritti nazionali. Un esempio concreto di questo principio è rappresentato dalla costituzione

al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, in GU L 201 del 27 luglio 2012.

11. Si veda il citato Reg. CE n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, *relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari*, in GU L 7 del 10 gennaio 2009.

12. Si veda il citato Reg. UE n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, *relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo*, in GU L 201 del 27 luglio 2012.

di un fondo patrimoniale in Italia da parte di una coppia che scelga, dopo qualche tempo e sussistendone i requisiti, la legge francese come legge applicabile. In Francia non è previsto un istituto analogo al nostro fondo patrimoniale e, quindi, la scelta della legge francese come applicabile fa venire meno quell'effetto segregativo sui beni consentito dal fondo patrimoniale in Italia. Di conseguenza, anche i creditori personali di un componente della coppia, nei limiti previsti dalla legge francese, potranno aggredire i beni costituiti in fondo patrimoniale, senza che vi sia più alcuna tutela derivante dal vincolo.

I Regolamenti sono stati approvati e sono entrati in vigore nel 2016. Tuttavia, secondo le disposizioni transitorie, le previsioni relative alla legge applicabile sono applicabili solamente dal 29 gennaio 2019. In particolare, questo riferimento temporale riguarda i matrimoni e le unioni registrate che sono stati celebrati dopo tale data oppure che dopo tale data hanno stipulato una convenzione sulla legge applicabile al loro regime patrimoniale.

Una simile scelta del legislatore europeo determina che, anche dopo il 29 gennaio 2019, le unioni celebrate prima di tale data rimangono disciplinate dalle normative interne di diritto internazionale privato, salvo che stipolino un'apposita convenzione. Il rischio è di vanificare, almeno in un primo momento, l'obiettivo di stabilire un'unica disciplina comune relativa alla legge applicabile per i regimi patrimoniali in tutti gli Stati Membri.

Un esempio può illustrare meglio la possibile sovrapposizione delle diverse normative applicabili.

Due cittadini francesi, residenti in Svezia, hanno contratto matrimonio in Italia nel 2015: la legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali risulta quella francese, in quanto legge nazionale comune, ai sensi della legge sul diritto internazionale privato n. 218/1995. Se il matrimonio fosse celebrato dopo il 29 gennaio 2019, invece, la relativa legge applicabile sarebbe quella svedese, in quanto Stato della prima residenza abituale comune dopo la conclusione del matrimonio, ai sensi del citato Regolamento n. 2016/1103. Se, invece, questi due stessi cittadini fossero dello stesso sesso e avessero contratto un'unione civile (prima o dopo il 29 gennaio 2019), la legge applicabile sarebbe sempre quella italiana, Stato ai sensi della cui legge l'unione è stata costituita, in quanto sia la l. n. 218/1995, sia il Regolamento gemello n. 2016/1104 prevedono lo stesso criterio in via principale.

Una diversa scelta del legislatore europeo, che avrebbe potuto prevedere un'applicazione generalizzata dei Regolamenti anche ai matrimoni e alle unioni registrate già esistenti il 29 gennaio 2019, avrebbe comportato pericolosi cambi di legge applicabile a coppie già costituite, che si sareb-

bero trovate costrette a stipulare una convenzione sulla legge applicabile per evitare qualsiasi modifica e tornare allo *status quo ante*¹³.

Con riferimento all'ordinamento italiano, l'istituto delle unioni civili è stato introdotto dalla l. n. 76/2016¹⁴ quasi contemporaneamente all'entrata in vigore dei due Regolamenti. Il legislatore italiano ha, quindi, dovuto introdurre un'apposita disposizione di diritto internazionale privato per disciplinare la legge applicabile a queste unioni costituite nel limitato periodo dalla loro entrata in vigore al 25 gennaio 2019¹⁵.

4. *Principi generali sulla legge applicabile*

I criteri di scelta della legge applicabile sono regolati da alcuni principi generali, la cui *ratio* è di consentire ai coniugi e ai partner di conoscere in anticipo la legge applicabile ai loro regimi patrimoniali. Il primo principio è costituito dall'universalità, in base a cui la legge designata come applicabile si applica anche ove non sia quella di uno Stato Membro.

Il secondo è il principio dell'unità, per cui la legge applicabile si applica alla totalità dei beni rientranti nel regime patrimoniale, indipendentemente dal luogo in cui i beni si trovano. Questo principio è da collegare ad un'altra importante previsione dei Regolamenti, cioè l'esclusione del rinvio per cui l'applicazione della legge di uno Stato si riferisce alle norme giuridiche sostanziali in vigore in quello Stato, ad esclusione di quelle di diritto internazionale privato. Di conseguenza, l'applicazione di una legge straniera comprende tutte le previsioni di carattere sostanziale, ivi comprese quelle in materia di regime patrimoniale, senza possibilità che

13. Differente soluzione era stata seguita, in materia di regimi patrimoniali dei coniugi, con la riforma del diritto di famiglia del 1975. La l. n. 151/1975 aveva comportato il passaggio dal regime di separazione dei beni a quello della comunione dei beni per le famiglie costituite prima del 20 settembre 1975. Era, però, stato previsto un periodo transitorio, dal 20 settembre 1975 al 16 gennaio 1978, in cui era consentito anche solo a un coniuge esprimere volontà contraria ed impedire che gli acquisti successivi al 20 settembre 1975 cadessero in comunione dei beni.

14. Precisamente l. n. 76/2016 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze").

15. Si veda l'art. 32-ter "Unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso" della l. n. 218/1995 ("Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato"), così come introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 7/2017 ("Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76").

eventuali norme di conflitto dell'ordinamento straniero rinviino, almeno in parte, a normative di altri ordinamenti.

L'esclusione del rinvio costituisce una fondamentale novità rispetto alle previsioni nazionali di diritto internazionale privato, che consentono il rinvio alla disciplina di un altro Paese se *a)* se il diritto di tale Stato accetta il rinvio; *b)* si tratta di rinvio alla legge italiana¹⁶.

Nel complesso, questi tre principi consentono ai cittadini di conoscere in anticipo la legge applicabile al regime patrimoniale di matrimoni e unioni registrate, nel rispetto della certezza del diritto e di beneficiare concretamente dei vantaggi offerti dal mercato interno. Si cerca di garantire che la legge applicabile ai regimi patrimoniali si applichi a tutti i rapporti che ne derivano, evitando qualsiasi tipo di frammentazione, indipendentemente dalla natura dei beni ivi compresi e dalla loro localizzazione.

Un esempio può spiegare meglio l'applicazione concreta di tali principi e può altresì metterne in evidenza la loro importanza. Immaginiamo il caso di due coniugi inglesi residenti nel Regno Unito che acquistano un immobile in Italia¹⁷.

Se la coppia si è sposata prima del 29 gennaio 2019, la legge applicabile ai relativi rapporti patrimoniali è quella inglese, in quanto legge nazionale comune, ai sensi del combinato disposto degli art. 29 e 30, l. n. 218/1995. La normativa inglese, tuttavia, prevede il principio della *lex rei sitae*, in base al quale la legge applicabile agli acquisti effettuati in Italia sarà proprio quella italiana. Questo comporta che l'acquisto dell'immobile in Italia si consideri caduto in comunione legale dei beni e assoggettato al relativo regime. Si giunge, invece, ad una diversa conclusione nel caso la coppia si sia sposata dopo il 29 gennaio 2019. La legge inglese rappresenta sempre quella applicabile ai relativi rapporti patrimoniali, ai sensi del Regolamento. Tuttavia, gli analizzati principi dell'esclusione del rinvio e dell'universalità della legge applicabile impongono l'applicazione della legge inglese per tutti i rapporti patrimoniali della coppia, senza possibilità di applicare altre leggi per alcuni aspetti. L'acquisto del medesimo immobile in Italia deve, quindi, considerarsi come bene personale dei due coniugi, poiché in Inghilterra non è previsto un istituto paragonabile alla comunione dei beni italiana.

16. Si veda l'art. 13, l. n. 218/1995 ("Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato").

17. D. BOGGIALI - A. RUOTOLO, *La legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate nei Regolamenti europei (CE) 24 giugno 2016, n. 2016/1103 e n. 2016/1104*, cit.

5. *Legge applicabile in mancanza di scelta delle parti*

I due Regolamenti forniscono alcuni criteri di collegamento per definire in modo chiaro e univoco quale sia la legge applicabile a una coppia sposata o legata da un'unione registrata e di conoscerla in anticipo, in modo da effettuare convenzionalmente un'eventuale scelta diversa. I criteri proposti hanno carattere successivo e subordinato, non alternativo, in quanto si applicano le previsioni successive solamente se le coppie non hanno i requisiti per applicare quelle precedentemente indicate.

Nel definire questi criteri, il legislatore europeo ha cercato di conciliare la prevedibilità e l'esigenza di certezza del diritto con le circostanze della vita reale di una coppia, nel caso in cui non sia stata stipulata un'apposita convenzione di scelta della legge applicabile.

In questa materia, alcuni criteri sono comuni per le coppie sia sposate, sia unite da un'unione registrata, mentre altri sono previsti solamente per uno dei due istituti. Risulta, quindi, opportuna un'analisi separata delle due normative per una maggiore chiarezza.

Partendo dall'analisi delle coppie sposate, il primo criterio per definire la legge applicabile è la prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio. Questa previsione rappresenta un grande cambiamento rispetto alla normativa italiana di diritto internazionale privato, che prevedeva come primo applicabile la legge nazionale comune dei coniugi. Tale cambiamento dà prevalenza alla situazione fattuale della prevalente localizzazione della vita della coppia, consentendo un più stretto legame con l'ordinamento in cui la coppia si trova a vivere rispetto al criterio della cittadinanza comune.

I due Regolamenti non forniscono una definizione del concetto di residenza abituale comune. Questa nozione è però richiamata in altri Regolamenti in materia di diritto internazionale privato e da numerose pronunce della Corte di Giustizia, relative a diversi argomenti. Si può, quindi, affermare che questo criterio si caratterizza per un elemento quantitativo, costituito dalla durata temporale della permanenza, e da uno qualitativo, rappresentato dalla natura e dalle caratteristiche del soggiorno.

In tal modo, si può parlare di residenza abituale comune quando si verifica un'integrazione dei soggetti in un ambiente sociale e familiare, sulla base della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno in uno Stato Membro, del trasferimento della famiglia in tale Stato e di altri simili elementi fattuali.

Maggiori perplessità, invece, sono sorte in merito al criterio temporale rappresentato dal fatto che la residenza abituale deve essere la prima

comune “dopo la conclusione del matrimonio”. L’analisi di questo aspetto e le soluzioni proposte devono basarsi sul *Considerando* n. 46 del Regolamento n. 2016/1103, in base al quale non può essere consentita alcuna modifica della legge applicabile senza una manifestazione espressa della volontà delle parti. Al fine di garantire la certezza del diritto in ordine ai negozi giuridici, il trasferimento della residenza dei coniugi dopo il matrimonio non può, quindi, comportare automaticamente il relativo cambio della legge applicabile.

La prima residenza abituale comune può coincidere con la residenza abituale comune della coppia già prima della celebrazione del matrimonio oppure può essere identificata con quella fissata subito dopo la conclusione del matrimonio stesso, purché sia caratterizzata da stabilità e destinata a durare nel tempo. La mancanza di definiti orizzonti temporali sul che cosa si intenda per “dopo la conclusione del matrimonio” fa, però, sorgere molti dubbi applicativi, in relazione a tutti i possibili momenti in cui la prima residenza comune può essere stabilita dai coniugi.

Pensiamo al caso di due cittadini italiani, residenti in Italia senza avere una residenza comune, che si sposano e si trasferiscono insieme per lavoro in Qatar un mese dopo il matrimonio, per poi tornare in Italia dopo due anni.

Per capire quale sia la legge applicabile, il trasferimento in Qatar potrebbe rappresentare la prima residenza abituale comune dopo il matrimonio, con la conseguenza che i rapporti patrimoniali di questa coppia saranno disciplinati dalla legge del Qatar, anche dopo il successivo trasferimento in Italia, salvo che non venga effettuata una diversa *professio iuris*. In questo caso, il termine di un mese è ritenuto un lasso di tempo abbastanza breve, tale da consentire ai coniugi di trasferirsi effettivamente nella loro prima residenza abituale comune. Tale soluzione rispetta il tenore letterale della norma ed evita successivi cambi di legge applicabili non collegati ad un’espressa manifestazione di volontà dei coniugi, come previsto dal Regolamento stesso.

Secondo una differente prospettiva, invece, nel primo mese i due sposi non hanno avuto una residenza abituale comune e, quindi, il criterio in analisi non può trovare applicazione. La legge applicabile sarà così determinata in base ai successivi criteri disciplinati dal Regolamento, non essendovi una residenza abituale comune subito dopo il matrimonio. Tuttavia, questa interpretazione non enfatizza il termine “dopo”, avendo il legislatore immaginato un tempo tecnico inevitabile e necessario per consentire ai coniugi, magari residenti in differenti Stati Membri, di stabilire una residenza comune. Questo lasso temporale deve essere messo

in risalto soprattutto in relazione ai successivi criteri per stabilire la legge applicabile previsti dal Regolamento, che fanno, invece, riferimento “al momento della conclusione del matrimonio”. Questo lasso temporale deve, comunque, essere interpretato in maniera restrittiva e non deve durare più di alcuni mesi.

Una terza interpretazione mette in risalto la temporaneità del trasferimento in Qatar, e propone l'applicazione della legge italiana, in forza del trasferimento dopo due anni nel nostro Paese. Si ritiene che questa tesi non sia condivisibile, in quanto farebbe venire meno la certezza del diritto applicabile ai rapporti patrimoniali della coppia e comporterebbe una modifica della legge applicabile dipendente unicamente da un elemento fattuale.

Una differente ipotesi si verifica quando la coppia stabilisce la prima residenza abituale comune lungo tempo dopo la celebrazione del matrimonio. Si può prendere il caso di due coniugi spagnoli, residenti in due Stati Membri differenti, che stabiliscono la prima residenza abituale comune in Francia solamente alcuni anni dopo rispetto al matrimonio. In tale situazione, si può individuare un primo periodo in cui i coniugi non hanno una residenza comune e per cui la relativa legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali può essere definita sulla base del primo criterio successivo stabilito dal Regolamento, cioè la comune cittadinanza spagnola. Lo stabilire la residenza comune permette l'inizio di un secondo periodo in cui è presente il primo criterio della residenza comune e determina l'applicazione della conseguente legge francese. Questa soluzione, tuttavia, determina un cambio della legge applicabile senza essere collegato ad una espressa volontà dei coniugi e pone dei dubbi sulla stabilità dei criteri di collegamento, così come definiti dal Regolamento¹⁸. Questo mutamento della legge applicabile, ove consentito, è meramente connesso ad elementi fattuali e non può avere carattere retroattivo, consentito solamente in caso di accordo espresso dei coniugi.

Si ritiene, quindi, preferibile ritenere che, nel caso in esame, non possa trovare applicazione l'analizzato criterio della prima residenza abituale comune e, quindi, la legge applicabile sia determinata in base al secondo criterio della cittadinanza comune, cioè quella spagnola. In tale modo, viene cristallizzata la legge applicabile subito dopo la celebrazione del

18. Si veda D. BOGGIALI - A. RUOTOLO, *La legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate nei Regolamenti europei (CE) 24 giugno 2016, n. 2016/1103 e n. 2016/1104*, cit.

matrimonio e non intervengono successivi mutamenti della stessa dovuti a cambiamenti nella vita della coppia.

In mancanza della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio, il Regolamento prevede che il successivo criterio per definire la legge applicabile sia quello della cittadinanza comune dei coniugi al momento della conclusione del matrimonio. Questo criterio corrisponde a quello primario previsto dalla normativa nazionale sul diritto internazionale privato, cioè la legge nazionale comune dei coniugi¹⁹. Tale criterio non può trovare applicazione se i coniugi hanno più di una cittadinanza comune al momento della conclusione del matrimonio. In tal modo, si evita che la scelta della legge applicabile sia rimessa alla volontà dei coniugi, sempre al fine garantire la certezza del diritto. Il riferimento “al momento della conclusione del matrimonio” consente di evitare qualsiasi dubbio sul momento temporale a cui il criterio debba riferirsi. Il successivo acquisto di una comune cittadinanza da parte dei coniugi non può, quindi, comportare alcun mutamento automatico della legge applicabile.

Nel caso i due analizzati criteri non possano trovare applicazione, la legge applicabile al regime patrimoniale sarà determinata in base al criterio residuale della legge dello Stato con cui i coniugi presentano assieme il collegamento più stretto al momento della conclusione del matrimonio, tenuto conto di tutte le circostanze.

Questo criterio presenta volutamente ampi margini di incertezza e si può ritenere corrisponda a quello previsto, anch'esso in via subordinata, dalla citata l. 218/1995, che richiama la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.

Il Regolamento gemello n. 2016/1104, invece, non prevede una serie di criteri successivi, ma dispone unicamente che la legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate è quella dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita.

In tal modo, vengono garantite sia la certezza del diritto, sia l'immutabilità della legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, senza fare sorgere dubbi applicativi, a differenza di quanto analizzato per le coppie sposate. Questa soluzione coincide altresì con le corrispondenti previsioni della disciplina nazionale di diritto internazionale privato, già precedentemente citate.

19. Si veda il combinato disposto degli art. 29 e 30, l. n. 218/1995 (“Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”).

Nella legge nazionale sul diritto internazionale privato, un ruolo importante è svolto dall'art. 32 *bis*²⁰, relativo al matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso, per cui viene previsto che produca gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana. Questa disposizione si rivolge, in particolar modo, a tutte quelle coppie italiane dello stesso sesso che volevano formalizzare la loro unione prima del 2016 e sono state costrette a farlo in uno Stato estero, in quanto in Italia non erano ancora riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso. Tale norma rappresenta un'eccezione rispetto al criterio applicabile della legge di costituzione dell'unione registrata, e consente di applicare la legge italiana anche a quelle coppie che sono dovute ricorrere "per necessità" alla legge di uno Stato estero, senza presentare alcun altro profilo di transnazionalità.

Per capire come le analizzate previsioni incidano concretamente nella determinazione della legge applicabile alle unioni civili si può prendere come esempio il caso di due cittadini italiani dello stesso sesso, che sono residenti in Italia e che si sono sposati in Spagna. Se gli stessi si sono sposati prima del 29 gennaio 2019, si verificherà la conversione prevista dal citato art. 32 *bis* della l. n. 218/1995 e, quindi, troverà applicazione la legge italiana. Se si trattasse di due persone di nazionalità diverse, invece, non sarebbe possibile la conversione e sarà applicabile la legge spagnola, cioè la legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita.

Se, invece, i due cittadini italiani dello stesso sesso si sono sposati dopo il 29 gennaio 2019, si applicherà la legge spagnola, cioè la legge dove l'unione è stata costituita, se si ritiene applicabile il Regolamento n. 2016/1104 sulle unioni registrate. Se, al contrario, si ritiene che le unioni civili siano parificate al matrimonio dal punto di vista sostanziale, in particolar modo dalla legge spagnola, il Regolamento n. 2016/1103 prevede che la legge applicabile sia quella italiana, in quanto legge della residenza abituale comune.

Per concludere l'analisi della legge applicabile è da fare un brevissimo cenno alla possibilità di derogare le previsioni di entrambi i Regolamenti da parte dell'autorità giurisdizionale in casi eccezionali, per cui si rimanda all'ultimo comma dell'art. 26 dei due Regolamenti.

20. Così come introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 7/2017 ("Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76").

6. La scelta della legge applicabile

In entrambi i Regolamenti, i criteri sopra analizzati relativi alla legge applicabile trovano applicazione in mancanza di diversa volontà delle parti. È, quindi, consentito ai coniugi e ai partner di scegliere quale sia la legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali, anche prima della celebrazione del matrimonio o della costituzione dell'unione registrata.

Tale scelta, anche definita *professio iuris*, può avvenire tra:

- la legge dello Stato della residenza abituale di almeno un coniuge o partner;
- la legge di uno Stato di cui almeno un coniuge o partner ha la cittadinanza.

Il momento temporale di riferimento di queste opzioni è quello della conclusione dell'accordo di scelta della legge applicabile. In tal modo, la coppia può valorizzare eventi successivi rispetto alla costituzione del matrimonio o dell'unione, come, ad esempio, il trasferimento in un altro Stato anche di un solo suo componente.

Per le sole unioni registrate è consentita un'ulteriore opzione di scelta, rappresentata dalla legge dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata stessa è stata costituita. Questa possibilità è importante perché permette ai partner di tornare a disciplinare i propri rapporti sulla base del criterio legale, che si applicherebbe in mancanza di scelta, nel momento in cui è stata effettuata precedentemente una differente *professio iuris*.

Le previsioni dei due Regolamenti riprendono le previsioni nazionali in materia di diritto internazionale privato, che consentivano le stesse opzioni²¹.

Una peculiarità dei Regolamenti è rappresentata dalla possibilità che tali accordi assumano carattere retroattivo se espressamente convenuto dalle parti, senza, in ogni caso, poter pregiudicare i diritti dei terzi derivanti dalla legge in precedenza applicabile. Un esempio può illustrare meglio quali limiti abbia il possibile carattere retroattivo della *professio iuris* nei confronti dei terzi. Immaginiamo una coppia residente in Austria al momento della celebrazione del matrimonio, la cui legge applicabile è quella austriaca, che prevede un regime assimilabile alla separazione dei beni. Uno dei due coniugi acquista un bene in Italia, che, quindi, non rientra nella comunione dei beni. Successivamente, i due coniugi si tra-

21. Si vedano rispettivamente gli art. 30 e 32 *ter*, l. n. 218/1995 ("Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato").

sferiscono in Italia e scelgono proprio la legge italiana, con conseguente applicazione del regime di comunione dei beni, con una *professio iuris* con effetto retroattivo. Questo comporta che il bene in Italia rientri anch'esso nella comunione dei beni.

Una simile scelta, tuttavia, non può pregiudicare eventuali diritti che potrebbe vantare un creditore del coniuge che aveva acquistato il bene in Italia. Tale creditore, infatti, continuerà ad avere una garanzia sull'intero bene del coniuge, in quanto il suo credito è sorto prima che i coniugi effettuassero la *professio iuris* e facessero, quindi, cadere il bene in comunione legale. Allo stesso modo, nel caso opposto, di passaggio dalla legge italiana a quella austriaca con effetto retroattivo, il creditore che avesse iscritto ipoteca sul bene in comunione conserverà la garanzia anche nel caso in cui venga pattuito che tale bene divenga di proprietà esclusiva del coniuge non debitore²².

I Regolamenti contengono, poi, alcune previsioni in merito alla validità formale dell'accordo sulla scelta della legge applicabile, disponendo che esso debba essere redatto per iscritto, datato e firmato da entrambi i coniugi o partner. È considerata equivalente alla forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione duratura dell'accordo. Tuttavia, sono richiesti dei requisiti di forma supplementari se sono previsti dalla legge del Paese in cui almeno uno dei componenti della coppia ha la residenza abituale al momento della conclusione dell'accordo e se tale Paese è uno Stato Membro dell'Unione Europea²³.

Ad esempio, sarà necessaria la forma dell'atto pubblico per la stipula di una convenzione tra un coniuge residente in Italia e un altro negli Stati Uniti. Al contrario, sarà sufficiente l'accordo scritto se entrambi i coniugi risiedono negli Stati Uniti.

In merito alla validità sostanziale dell'accordo sulla scelta, invece, entrambi i Regolamenti rinviano alle previsioni della legge scelta dalle parti nell'ambito della *professio iuris*. Tale scelta mantiene la sua efficacia, relativamente all'esistenza e alla validità dell'accordo, anche nel caso in cui l'accordo stesso si riveli invalido²⁴.

22. Si veda D. BOGGIALI - A. RUOTOLO, *La legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate nei Regolamenti europei (CE)* 24 giugno 2016, n. 2016/1103 e n. 2016/1104, cit.

23. Si pensi all'art. 162 c.c., in base al quale le convenzioni matrimoniali devono essere stipulate per atto pubblico a pena di nullità.

24. È in ogni caso consentito a un coniuge o un partner di fare riferimento alla legge del paese in cui ha la residenza abituale nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale, al solo fine di dimostrare che non ha dato il suo consenso, se dalle circostanze risulta che

Il legislatore europeo, infine, ha previste specifiche regole di validità formale per la stipula delle convenzioni matrimoniali e delle convenzioni tra partner che corrispondono a quelle, appena analizzate, per le convenzioni di scelta della legge applicabile. In tal modo, si è cercato di agevolare l'accettazione in tutti gli Stati Membri dei diritti patrimoniali dei coniugi o dei partner acquisiti per effetto di una convenzione matrimoniale stipulata in un altro Stato Membro.

Senza potersi soffermarsi sulle previsioni specifiche dei Regolamenti relative all'ambito della legge applicabile, all'opponibilità a terzi, all'adattamento dei diritti reali e agli ordinamenti plurilegislativi, merita una nota conclusiva il limite rappresentato dalle norme di applicazione necessaria e dall'ordine pubblico del foro.

Le disposizioni di entrambi i Regolamenti non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro, relative alla salvaguardia degli interessi pubblici di uno Stato, come la sua organizzazione politica, sociale o economica.

Si tratta di norme di carattere imperativo, la cui applicazione non può in alcun modo essere derogata da eventuali disposizioni contrastanti previste dalla legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi ai sensi dei Regolamenti. Secondo i *Considerando* n. 53 di entrambi i Regolamenti, costituiscono norme di applicazione quelle relative alla protezione della casa familiare e agli obblighi di contribuzione ai bisogni familiari. Allo stesso modo, viene altresì previsto che l'applicazione di una disposizione della legge di uno Stato può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro.

Queste due previsioni, che introducono due clausole di salvaguardia degli ordinamenti nazionali, sono fondamentali per un'armonica integrazione della normativa dei due Regolamenti con le rispettive discipline nazionali, in modo da favorire un'efficace applicazione della normativa sui regimi patrimoniali in tutti gli Stati Membri ed evitare nella misura maggiore possibile il sorgere di qualsiasi controversia in materia.

non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del suo comportamento secondo la legge ritenuta applicabile.

L'individuazione della legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi in Europa: studio sulla base di un caso*

SOMMARIO: 1. Descrizione di un caso ipotetico. – 2. Variabili relative ai divorzi dopo l'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/1103. – 2.1. Qual è l'autorità giurisdizionale competente per lo scioglimento di un matrimonio concluso prima dell'entrata in vigore del Regolamento 2016/1103? – 2.2. È necessario essere informati sul diritto sostanziale di ciascuno degli Stati coinvolti nel caso, prima dell'esercizio dell'*optio iuris*? – 3. Analisi dei possibili scenari. – 3.1. Se le parti avessero scelto di applicare il Regolamento UE 2016/1103, vi sarebbero state variazioni nella determinazione dell'autorità giurisdizionale competente? – 3.2. Se le parti avessero scelto di applicare il Regolamento UE 2016/1103, farebbe qualche differenza? – 3.3. In mancanza di un accordo tra le parti, come verrebbe determinata la legge applicabile?

1. *Descrizione di un caso ipotetico*

Un cittadino svedese (un Paese che partecipa alla cooperazione rafforzata e regola il matrimonio fra persone dello stesso e di diverso sesso e le unioni di fatto fra persone dello stesso e di diverso sesso, e in cui le *partnership* registrate fra persone dello stesso sesso restano valide solo residualmente, se le parti non decidono di convertirle in matrimonio), manager di una multinazionale, il 6 gennaio 2012 sposava in Irlanda (un Paese che non partecipa alla cooperazione rafforzata e che regola il matrimonio fra persone dello stesso e di diverso sesso e, residualmente, le unioni registrate fra persone dello stesso sesso¹) una donna irlandese, di professione traduttrice part-time.

* Lavoro sviluppato nel progetto EU FamPro sotto il programma dell'Unione Europea JUSTICE. Bando: JUST-JTRA-EJTR-AG-2020.N.101008404.

1. Sia in Irlanda, sia in Svezia, prima di riconoscere alle coppie dello stesso sesso il diritto di accedere al matrimonio era previsto che esse potessero registrare la propria unione e tali unioni registrate ancora sono valide, qualora le parti non abbiano optato per convertirle in matrimonio. Cfr. R. GARETTO, *Mappa degli effetti patrimoniali negli Stati membri*, in

Secondo il marito, il luogo di residenza abituale di entrambi i coniugi dopo la celebrazione del matrimonio era l'Olanda, anche se afferma di aver lavorato in Svezia e di aver vissuto lì, per cui era impossibile ravvisare una residenza comune dopo la celebrazione del matrimonio. Egli riconosce che sua moglie viveva nei Paesi Bassi, fino a quando nel luglio 2016 entrambi si trasferirono a Barcellona, dove acquistarono una casa e stabilirono il loro indirizzo comune. Tre anni dopo, il 1° dicembre 2019, si separavano di fatto; lui si trasferiva in Germania e lei rimaneva in Spagna, a Barcellona. Successivamente, il 5 febbraio 2020, il marito presentava istanza di divorzio presso il tribunale di Barcellona, chiedendo lo scioglimento e la liquidazione del regime patrimoniale matrimoniale.

Si tratta di un matrimonio i cui coniugi hanno nazionalità diverse, provenendo da due Stati membri dell'UE: Svezia e Irlanda. Non è chiaro dai fatti indicati quale sia il luogo di residenza dopo la conclusione del matrimonio per determinare la legge applicabile e non vi è alcuna prova di accordo o patto. È chiaro, però, che il marito lavorava in Svezia e la moglie in Olanda subito dopo il matrimonio, che nel luglio 2016 entrambi si trasferivano a vivere a Barcellona e che nel febbraio 2020 il marito decideva di chiedere il divorzio, dopo che pochi mesi prima si erano separati di fatto, e a seguire lui si trasferiva in Germania.

È importante ricordare che quando il cittadino svedese ha presentato la domanda di divorzio nel 2020 era già in vigore il Regolamento UE 2016/1103 del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata in materia di competenza, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale. Tuttavia, il matrimonio ha avuto luogo prima dell'entrata in vigore di tale regolamento, ossia nel 2012. Pertanto, non sarebbe ad esso applicabile perché il citato regolamento riguarda i matrimoni celebrati dopo la sua entrata in vigore, cioè a partire dal 29 gennaio 2019, anche se occorre ricordare che anche quando il matrimonio è stato celebrato in precedenza è consentito ai coniugi scegliere la legge applicabile ai loro rapporti, e in tal caso può essere applicato il regolamento UE 2016/1103².

Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione europea, a cura di M. J. Cazorla González, M. Giobbi, J. Kramberger Škerl, L. Ruggeri e S. Winkler, Napoli, 2020, 89.

2. C. GRIECO, *The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European Private International law*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10, 2, 2018, 457-476; M. GIOBBI, *The law applicable to matrimonial property regimes after the Regulation (EU) no. 2016/1103. The impact upon the Italian law*, in *6th Sws International Scientific Conference on Social Sciences 2019. Conference Proceedings*, 6, 1, 2019; L.

Le questioni da analizzare saranno quelle relative alla competenza giurisdizionale, alla determinazione della legge applicabile (in presenza o in mancanza di un accordo di scelta), e alla retroattività degli effetti patrimoniali³, tenuto conto della volontà delle parti. Per approfondire queste tematiche ci poniamo le seguenti domande:

- Qual è l'autorità giurisdizionale competente per lo scioglimento di un matrimonio concluso prima dell'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/1103?
- È necessario conoscere il diritto sostanziale di ciascuno degli Stati coinvolti nella vicenda concreta, prima dell'esercizio del diritto d'opzione con il quale le parti possono scegliere la legge applicabile?
- Qualora le parti avessero scelto di applicare il Regolamento UE 2016/1103, ci sarebbero state variazioni nella determinazione dell'autorità giurisdizionale competente?
- In mancanza di un accordo tra le parti, come viene determinata la legge applicabile?
- A partire da quando si applicano gli effetti del regime patrimoniale ai sensi del Regolamento UE 2016/1103? Sarebbe possibile la retroattività?

2. Variabili relative ai divorzi dopo l'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/1103

2.1 Qual è l'autorità giurisdizionale competente per lo scioglimento di un matrimonio concluso prima dell'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/1103?

La competenza dell'autorità giurisdizionale per lo scioglimento di un matrimonio concluso prima o dopo l'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/1103, in assenza di scelta delle parti, è determinata dall'applicazione del Regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003,

RUGGERI, *Brexit and New European Framework In Family Property Regimes*, in *6th Sws International Scientific Conference on Social Sciences 2019. Conference Proceedings*, 6, 1, 2019; R. GAROTTO, *The EU Regulations 2016/1103 and 1104*, in *ELSA-ITALY Local moot competition in Macerata*, 11 April 2019. Testo disponibile al sito: www.euro-family.eu/eventi-58-the_eu_regulations_2016_1103_and_1104_at_the_elsa_italy_local_moot_competition_in_macerata (ultima consultazione: 28 gennaio 2021).

3. M.J. CAZORLA GONZÁLEZ, *La ley aplicable al régimen económico matrimonial después de la disolución del matrimonio tras la entrada en vigor del Reglamento UE 2016/1104*, in *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 21, 2019, 87-104.

relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (di seguito "Regolamento Bruxelles II bis"), che individua la legge applicabile al regime patrimoniale successivo allo scioglimento del matrimonio per divorzio o morte nel caso in cui, appunto, per scelta dei coniugi, il Regolamento UE 2016/1103 non sia applicabile.

Il quadro normativo che disciplina le crisi coniugali in presenza di coniugi stranieri è contenuto in due Regolamenti europei.

Un primo riferimento alla competenza internazionale, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni è contenuto nel Regolamento Bruxelles II bis, che vincola tutti gli Stati membri dell'Unione europea ad eccezione della Danimarca.

Un secondo riferimento, che riguarda la legge applicabile al divorzio e alla separazione legale, ma non all'annullamento del matrimonio è contenuto nel Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo alla cooperazione rafforzata sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (di seguito "Regolamento Roma III"), che vincola 17 Stati membri dell'Unione europea, tra cui la Spagna.

Di conseguenza, terremo conto del Regolamento Bruxelles II bis, il cui articolo 3 prevede sette fori alternativi ai quali dobbiamo prestare attenzione per risolvere il nostro caso concreto, nel quale, lo ricordiamo, il marito, cittadino svedese, ha presentato la richiesta di scioglimento del matrimonio davanti al tribunale di Barcellona e non in Germania, dove viveva all'epoca, o in Svezia, Stato di cui era cittadino e nel quale viveva da solo dopo il matrimonio.

La competenza generale in materia di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio spetta ai giudici dello Stato membro sul cui territorio sono situati:

- la residenza abituale dei coniugi, oppure
- l'ultimo luogo di residenza abituale dei coniugi, a condizione che uno di essi vi risieda ancora, oppure
- la residenza abituale del convenuto, o
- in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi, oppure
- la residenza abituale dell'attore, qualora vi abbia risieduto per almeno un anno immediatamente prima del deposito della domanda, oppure
- la residenza abituale del richiedente se vi abbia risieduto per almeno sei mesi immediatamente prima della presentazione della domanda e sia cittadino dello Stato membro in questione o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, vi sia domiciliato.

Alla luce di quanto sopra, l'organo competente a decidere sul divorzio sarebbe un tribunale spagnolo, dato che l'unica residenza abituale comune dimostrata davanti al tribunale sarebbe a Barcellona, dove risiede ancora la moglie.

È un fatto che può essere accertato dinanzi al giudice competente che l'attore è cittadino svedese con residenza abituale in Germania al momento della presentazione della domanda e che la convenuta è cittadina irlandese non residente nel suo Paese, avendo risieduto dopo il matrimonio nei Paesi Bassi e successivamente in Spagna, Stato nel quale entrambi i coniugi risiedevano prima della separazione nel 2019. Pertanto, ai sensi dell'articolo 3 del Regolamento Bruxelles II *bis*, si può affermare che la domanda può essere presentata in Spagna e che le autorità giurisdizionali sono competenti secondo due criteri: da un lato, il foro dell'ultima residenza abituale dei coniugi, a condizione che uno di essi vi risieda ancora e, dall'altro, la residenza abituale del convenuto, poiché il matrimonio è avvenuto prima dell'entrata in vigore del regolamento.

Lo scioglimento del vincolo matrimoniale attraverso il divorzio implica quindi lo scioglimento del regime patrimoniale, che fino all'entrata in vigore del Regolamento 2016/1103 era disciplinato da norme interne di diritto internazionale privato. Pertanto, la giurisdizione internazionale dei tribunali spagnoli sarà determinata dai fori indicati nella Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), come previsto dall'articolo 22 *bis* LOPJ, facendo riferimento al domicilio del convenuto in Spagna.

La legge applicabile, invece, sarà regolata ai sensi degli articoli 9.2 e 9.3 del Codice Civile spagnolo per l'intero territorio nazionale: si applicherà il secondo comma dell'articolo 9 per i coniugi che hanno stipulato contratti di matrimonio o convenzioni; ed il terzo comma, nel caso essi non siano stati conclusi.

Poiché non è stata scelta la legge applicabile e i coniugi non avevano la cittadinanza comune al momento della conclusione del matrimonio, la legge applicabile ai fini del divorzio sarà quella prevista dall'articolo 9.3 del Codice civile spagnolo. Secondo questo articolo, si applica la legge della residenza abituale comune immediatamente dopo la conclusione del matrimonio, ma poiché non vi sono prove di una residenza abituale comune dopo la conclusione del matrimonio, si applica la legge del luogo di celebrazione del matrimonio, ossia l'Irlanda.

Se i coniugi avessero scelto la legge applicabile al momento della celebrazione del matrimonio, si sarebbe applicato il Codice civile spagnolo e sarebbe stato loro possibile scegliere tra la legge della nazionalità (Svezia o Irlanda) e quella della residenza abituale di uno dei due (Svezia o Paesi Bassi).

2.2 È necessario essere informati sul diritto sostanziale di ciascuno degli Stati coinvolti nel caso, prima dell'esercizio dell'optio iuris?

La differenza tra le leggi applicabili è determinante per definire degli effetti dello scioglimento del regime patrimoniale in assenza di un accordo.

Riteniamo pertanto che si debbano considerare le diverse possibilità in relazione al matrimonio di un cittadino svedese con una cittadina irlandese, con riferimento ad alcune questioni che incidono sul diritto sostanziale nazionale di ciascuno Stato membro in relazione alla liquidazione dei beni coniugali. In caso di crisi coniugale, infatti, la prima cosa a cui la maggior parte delle coppie pensa è l'effetto che la separazione, il divorzio⁴ o l'annullamento potranno avere sulle loro finanze.

In questo senso, è determinante conoscere la legge applicabile a seguito di scelta, se ne è stata effettuata una, o in mancanza, quella legalmente determinata in via suppletiva. Essendo quest'ultimo aspetto meno prevedibile, occorre anche considerare ciò che risulta più vantaggioso da un punto di vista economico. La prassi ci dimostra infatti che, con riferimento a una qualsiasi società commerciale, quando essa viene liquidata, le parti desiderano godere dei benefici di tale procedura, rispetto non solo al resto dei soci o comproprietari, ma anche rispetto ai creditori terzi, se esistono.

Così, il cittadino svedese che guadagna più della moglie, preferirà ragionevolmente l'applicazione del regime legale catalano di separazione dei beni rispetto al regime olandese o svedese in cui è prevista la comunione dei beni. Analogamente, la responsabilità patrimoniale dei coniugi in base al regime giuridico applicabile varierà di conseguenza. In questo contesto e in conformità con l'articolo 27 del regolamento, è necessario conoscere il valore dei beni del patrimonio, poiché non è la stessa cosa se vi è ad esempio una protezione per la casa che costituisce la residenza familiare, o se invece questa protezione non sussiste. In altre parole, sarà necessario classificare i beni mobili e immobili secondo le diverse categorie e protezioni, perché nella regolamentazione della responsabilità di ciascuno dei coniugi o di entrambi nei confronti di terzi non è la stessa cosa applicare la legge tedesca, in cui i beni conferiti e acquisiti durante il matrimonio non diventano proprietà comune, mentre i guadagni accumulati acquisiti durante il matrimonio sono ripartiti al termine del regime patrimoniale

4. Cfr. M.J. CAZORLA GONZÁLEZ - A. PAÑOS PÈREZ, *Regimi patrimoniali nel matrimonio in assenza della scelta dei coniugi in applicazione del Regolamento (UE) 2016/1103*, in *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione europea*, a cura di M. J. Cazorla González, M. Giobbi, J. Kramberger Škerl e L. Ruggeri, S. Winkler, cit., 89.

(articolo 1363, comma 2, BGB), o il regime giuridico integrativo dei beni comuni disciplinato dal Codice Civile spagnolo.

D'altra parte, il regime giuridico svedese in cui è disciplinata la proprietà comune differita, in base alla quale ogni coniuge ha diritto alla metà del valore netto dei beni coniugali dopo lo scioglimento ed in cui, oltre ad essere detentore di una proprietà comune, il coniuge può essere titolare di un patrimonio privato rispetto al quale è libero di prendere decisioni sui suoi beni, ad eccezione dei beni abitativi e dei beni domestici, è simile alla disciplina del codice civile spagnolo e del codice civile olandese per quanto riguarda il regime giuridico della proprietà comune. Vi è però una differenza fondamentale: nel caso in esame, poiché il matrimonio è stato celebrato prima del 1° gennaio 2018, i beni che i coniugi hanno portato al matrimonio e quelli acquisiti congiuntamente o con denaro comune durante il matrimonio entreranno nella comunione dei beni, oltre ai debiti che sono comuni.

Questa situazione è recentemente cambiata per i coniugi sposatisi dopo il 1° gennaio 2018 in seguito alla modifica del Codice Civile olandese. A partire da questa data, i coniugi possono disporre di un patrimonio privato derivante da donazioni o eredità ricevute da uno di loro. Di conseguenza, è anche possibile che i debiti derivanti da beni esclusi dalla comunione domestica siano individuali, così come i debiti pre-coniugali, poiché a partire da questa data, essi non gravano più sulla proprietà comune, a meno che i coniugi non si accordino diversamente.

L'Irlanda e la Catalogna, invece, prevedono un regime che stabilisce effetti diversi al momento dello scioglimento del matrimonio e della liquidazione del patrimonio.

A questo proposito, va ricordato che in Irlanda i coniugi non possono scegliere alcun regime patrimoniale per il matrimonio, cosa che non avviene nella Comunità Autonoma spagnola della Catalogna, dove vige il principio della libera scelta, in forza del quale i coniugi possono scegliere il loro regime patrimoniale prima del matrimonio, e modificare successivamente tale scelta tutte le volte che lo ritengono opportuno.

Entrambi gli ordinamenti hanno in comune il fatto di applicare il regime giuridico della separazione dei beni, nonché una certa somiglianza nella disciplina dell'uso della casa familiare, perché in Irlanda quando uno dei coniugi ha un reddito basso, i tribunali cercano di soddisfare le sue esigenze primarie garantendo una casa, in maniera simile all'attribuzione dell'uso dell'alloggio familiare a favore del coniuge più vulnerabile che si riscontra in Catalogna.

Gli effetti rispetto agli oneri o ai debiti mantengono analogie e differenze, perché mentre è comune ad entrambe le normative che ogni coniuge

sia responsabile dell'amministrazione, della gestione e dello liquidazione dei suoi beni, vengono adottate misure adeguate per evitare squilibri economici, che permettono di soddisfare i bisogni fondamentali del coniuge più vulnerabile in quanto privo di reddito o percettore di reddito basso in Irlanda, mentre il Codice della famiglia catalano regola la possibilità di un compenso finanziario per il lavoro domestico⁵.

3. *Analisi dei possibili scenari*

3.1 *Se le parti avessero scelto di applicare il Regolamento UE 2016/1103, vi sarebbero state variazioni nella determinazione dell'autorità giurisdizionale competente?*

L'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/1103 implica per le parti che hanno già contratto matrimonio in precedenza la facoltà di designare la legge applicabile al loro rapporto, ai sensi dello stesso regolamento, entrato in vigore dal 29 gennaio 2019, anche eventualmente nel 2020, anno in cui viene presentata la domanda di divorzio.

Nella fattispecie in esame, possiamo supporre, sia avuto riguardo ai collegamenti con la residenza abituale che si fanno a partire dal Regolamento Roma III, sia in base all'elezione del Regolamento UE 2016/1103, che non vi sia nulla da obiettare in ordine alla competenza giudiziaria assegnata al tribunale di primo grado della Catalogna. Tuttavia, va ricordato che, ai sensi del Regolamento 2016/1103⁶, la competenza giurisdizionale

5. Il Codice Civile Catalano (libro 3-Art. 232.5 del Codice Civile Catalano) prevede la possibilità di un compenso economico per il lavoro, in modo che se un coniuge ha lavorato per la famiglia in modo sostanzialmente maggiore dell'altro, ha diritto a un compenso economico per questa dedizione. Ciò purché al momento della cessazione del regime a causa di separazione, divorzio, nullità o morte di uno dei coniugi o, se del caso, l'effettiva cessazione della convivenza, l'altro abbia ottenuto un aumento patrimoniale più elevato. Le norme relative alla forma di pagamento, alle azioni che spettano al danneggiato contro gli atti che pregiudicano il diritto al risarcimento, così come l'esercizio del suddetto diritto, sono contenute nella Raccolta del Diritto Civile Catalano, articolo 232.8, Raccolta del Diritto Civile Catalano, articolo 232.9, Raccolta del Diritto Civile Catalano, articolo 232.11. A ciò si aggiunga che l'articolo 232.10 della Raccolta del diritto civile catalano specifica a questo proposito che il diritto al compenso economico per il lavoro è compatibile con gli altri diritti di natura economica che spettano al coniuge creditore e deve essere preso in considerazione per stabilire tali diritti e, se del caso, per modificarli.

6. M. GUZMÁN ZAPATER - I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *La competencia judicial internacional en materia de disolución del régimen económico del matrimonio en el Reglamento*

è intesa in senso lato, poiché comprende non solo autorità giurisdizionali *strictu sensu* che esercitano funzioni giudiziarie⁷, ma anche, ad esempio, i notai in alcuni Stati membri, come è avvenuto in Spagna a partire dalla legge sulla competenza giurisdizionale volontaria del 2015⁸.

Ciò premesso e conformemente all'articolo 5 del Regolamento UE 2016/1103, l'autorità giurisdizionale competente è quella dello Stato membro dinanzi al quale è stata presentata la domanda di divorzio, competente a decidere sulle questioni relative ai regimi patrimoniali tra coniugi che sorgono in relazione a tale domanda, in conformità delle norme sulla competenza giurisdizionale in materia di divorzio previste dal Regolamento Bruxelles II *bis* (2201/2003). L'articolo 3 di detto regolamento prevede che un coniuge può proporre un'azione di divorzio dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui risiede abitualmente se vi ha risieduto per almeno un anno immediatamente prima della domanda e l'altro coniuge vi risiede ancora, come nel presente caso.

3.2 *Se le parti avessero scelto di applicare il Regolamento UE 2016/1103, farebbe qualche differenza?*

Il Regolamento UE 2016/1103 non adotta il criterio della cittadinanza, ma sceglie il criterio della residenza abituale che diventa, in siffatta ma-

UE núm. 2016/1103, in Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial, a cura di M. Guzmán Zapater e M. Herranz Ballesteros, Valencia 2018, 277-316.

7. *Considerando* n. 29: il presente regolamento dovrebbe rispettare i diversi sistemi di risoluzione delle questioni relative ai regimi patrimoniali tra coniugi che si applicano negli Stati membri. Ai fini del presente regolamento, il termine "giudice" dovrebbe essere inteso in senso lato, includendovi non solo i giudici in senso stretto, che esercitano funzioni giurisdizionali, ma anche, ad esempio, i notai di taluni Stati membri che, in talune materie relative ai regimi patrimoniali tra coniugi, esercitano funzioni giurisdizionali allo stesso modo dei giudici, nonché i notai e gli operatori del diritto che, in taluni Stati membri, esercitano funzioni giurisdizionali in materie relative ai regimi patrimoniali tra coniugi mediante delega di poteri da parte di un giudice. Tutti i giudici, quali definiti nel presente regolamento, dovrebbero essere disciplinati dalle norme sulla competenza stabilite dal presente regolamento. Tuttavia, il termine "giudice" non dovrebbe includere le autorità non giudiziarie di uno Stato membro che, in base al diritto nazionale, sono abilitate a risolvere le questioni relative ai regimi patrimoniali tra coniugi, come i notai nella maggior parte degli Stati membri in cui, come di solito accade, non esercitano funzioni giudiziarie.

8. Legge 15/2015, del 2 luglio, sulla Giurisdizione Volontaria. «BOE» n. 158, del 3 luglio 2015, 54068-54201. Testo disponibile al sito: www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391 (ultima consultazione: 28 gennaio 2021).

niera, un elemento determinante quando si tratta di conoscere la norma applicabile.

Il regolamento configura due ipotesi dal punto di vista della residenza abituale:

1. Legge applicabile per opzione liberamente scelta dalle parti: quando i coniugi, esercitando il diritto di opzione, ai sensi dell'articolo 22 del corrispondente regolamento, relativamente al loro regime patrimoniale matrimoniale (o al loro regime di unione registrata) scelgono come legge applicabile una delle leggi specificate nel precetto di cui sopra. In tal caso, i coniugi o i partner possono concordare di designare o modificare la legge applicabile al loro regime patrimoniale, a condizione che tale legge sia una delle seguenti:

- a. la legge dello Stato in cui i coniugi o uno di essi ha la residenza abituale al momento della conclusione dell'accordo;
- b. la legge di uno Stato di cui uno dei coniugi o dei futuri coniugi ha la cittadinanza al momento dell'accordo.

Detta opzione non viene esercitata dalle parti nel caso che stiamo analizzando. Tuttavia, immaginando che, risiedendo insieme, abbiano fatto accordi matrimoniali, la legge applicabile potrà essere quella catalana, poiché questa è la residenza posseduta al momento della conclusione dell'accordo.

Nel nostro caso, tenendo presente che il regolamento adotta il criterio della residenza abituale e che solo uno dei coniugi appartiene ad uno Stato che ha espresso la propria adesione in materia di cooperazione rafforzata in relazione al suddetto regolamento e l'altra parte è cittadino di uno Stato che non ha aderito, ai sensi dell'articolo 20, la legge concepita come applicabile dal regolamento si applica indipendentemente dal fatto che sia o meno la legge di uno Stato membro. Potrebbe, quindi, essere applicabile anche agli effetti patrimoniali di un matrimonio, in virtù dell'applicazione universale di tale articolo, la legge di paesi che non si sono pronunciati a favore di una cooperazione più stretta conformemente al regolamento, come l'Irlanda.

Pertanto, quando ci sarà un'elezione, seguiremo le disposizioni dell'articolo 22 di entrambi i regolamenti e quando non ci sarà un'elezione, applicheremo l'articolo 26 del Regolamento UE 2016/1103. Entrambe le situazioni differenziano l'ordine di precedenza in termini di esercizio o meno del diritto di opzione della legge applicabile e di determinazione della giurisdizione internazionale.

3.3 *In mancanza di un accordo tra le parti, come verrebbe determinata la legge applicabile?*

In mancanza di un accordo sulla scelta della legge applicabile, ai sensi dell'articolo 22, si deve applicare l'articolo 26 del relativo regolamento, che stabilisce una gerarchia che aiuta a determinare la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi o nelle unioni registrate. In base a questa disposizione, la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi/partner registrati è la legge dello Stato:

- c. della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio; o, in mancanza di ciò,
- d. della cittadinanza comune dei coniugi al momento della celebrazione del matrimonio; o, in mancanza di questa, della cittadinanza comune dei coniugi,
- e. con cui i coniugi hanno i legami comuni più stretti al momento della celebrazione del matrimonio.

A ciò si aggiunga che, in via eccezionale, su domanda di uno dei coniugi aventi più di una cittadinanza comune (art. 26, par. 2), ai quali si applica soltanto il par. 1, lett. *a*) e *c*), l'autorità giudiziaria competente, ai sensi all'articolo 26, par. 3, può decidere di applicare la legge di uno Stato diverso da quello la cui legislazione è applicabile ai sensi del paragrafo 1. Ciò nell'ipotesi in cui la legge dello Stato diverso conferisca effetti patrimoniali all'istituto dell'unione registrata e qualora il richiedente dimostri con questo mezzo eccezionale che:

- i coniugi hanno avuto l'ultima residenza abituale comune in tale altro Stato per un periodo significativamente più lungo rispetto allo Stato designato, ai sensi del par. 1, lett. *a*), e;
- entrambe le parti si erano affidate alla legislazione dell'altro Stato per organizzare o pianificare i loro rapporti patrimoniali.

Entrambi i collegamenti riflettono una certa vicinanza alle circostanze personali dei coniugi e sono inoltre disposti in modo sussidiario. In via eccezionale e su richiesta di uno dei coniugi, l'autorità giudiziaria competente a decidere in materia di regime patrimoniale tra coniugi può decidere che la legge di uno Stato diverso da quello la cui legge è applicabile, ai sensi del par. 1, lettera *a*), disciplini il regime patrimoniale tra coniugi se il ricorrente dimostra che i coniugi hanno avuto l'ultima residenza abituale comune in tale altro Stato per un periodo significativamente più lungo rispetto allo Stato della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo

la conclusione del matrimonio; e che entrambi i coniugi si sono affidati alla legge di tale altro Stato per organizzare o pianificare i loro rapporti patrimoniali.

Il *Considerando* n. 49 del Regolamento n. 1103/2016 stabilisce letteralmente che, nell'ipotesi in cui non venga scelta la legge applicabile, occorre tener conto della portata dei criteri di collegamento già analizzati (la prima residenza abituale comune dei coniugi subito dopo il matrimonio dovrebbe essere il primo criterio, oltre alla legge della cittadinanza comune dei coniugi al momento del matrimonio). E in mancanza di entrambi i criteri, poiché non è detto che vi sia stata una prima residenza abituale comune e che i coniugi abbiano una cittadinanza comune al momento del matrimonio, il terzo criterio sarà la legge dello Stato con cui i coniugi hanno il legame più stretto. Nell'applicazione di quest'ultimo criterio devono essere prese in considerazione tutte le circostanze e deve essere chiaro che questi legami devono essere quelli esistenti al momento della conclusione del matrimonio.

L'applicazione della legge irlandese sarebbe, pertanto, incompatibile con il *Considerando* n. 51 del regolamento, che conferisce all'autorità giudiziaria di uno Stato membro il diritto, in casi eccezionali, su richiesta di uno dei coniugi, se questi si sono trasferiti nello Stato della loro residenza abituale per un lungo periodo, di concludere che è la legge di tale Stato che può essere applicata quando i coniugi la invocano, fermo restando che la sua applicazione non può pregiudicare i diritti del terzo.

In base a questa formulazione, sembrerebbe che il periodo di residenza più lungo di entrambi i coniugi durante il loro matrimonio sia stato in Spagna, e in particolare nella provincia di Barcellona, ma questo unico requisito non è sufficiente; è necessario che entrambi i coniugi organizzino i loro rapporti patrimoniali durante gli anni del loro matrimonio secondo il codice civile catalano e, di conseguenza, in regime di separazione dei beni.

Dai fatti esposti comprendiamo che dopo la celebrazione del matrimonio non c'è stata residenza comune, anche se il periodo più lungo di residenza comune è stato in Catalogna e per conseguenza, se ci atteniamo alla legge del luogo di celebrazione del matrimonio, dobbiamo applicare la legge irlandese. Luogo dove dobbiamo ricordare che non esiste il concetto di regime patrimoniale dei coniugi – una soluzione tipica della legge comune –, cioè i beni acquisiti prima e durante il matrimonio appartengono a ciascun coniuge, circostanza che è stata assimilata all'esistenza di una sorta di regime di separazione dei beni.

A questo punto, l'unica controversia tra i coniugi sarebbe se applicare alla liquidazione del patrimonio comunitario il regime di separazione

patrimoniale oppure il regime di comunione patrimoniale. Ciò sapendo che nella regione della Catalogna si applicano le norme sulla separazione dei beni, mentre in Irlanda, per il caso in cui i coniugi non abbiano fatto patti o accordi matrimoniali, non esiste il concetto di regime patrimoniale coniugale, che è stato tradizionalmente inteso dalla DGRN (Direzione generale dei Registri e degli Notariato) come un'identità con la separazione della proprietà. Pertanto, la controversia è se si applichi o meno il diritto olandese - dove il regime patrimoniale del matrimonio è quello della comunione dei beni, con la conseguenza che, salvo poche eccezioni, i beni acquisiti dopo la celebrazione del matrimonio fanno parte della comunione dei beni.

Pertanto, ai sensi dell'articolo 26 del Regolamento 2016/1103, che disciplina la legge applicabile al regime patrimoniale dei coniugi, in assenza di scelta delle parti, si applicherà quella corrispondente allo Stato della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la celebrazione del matrimonio. Nella fattispecie in esame, la prima e unica residenza abituale comune era in Spagna, in particolare nella Comunità Autonoma di Catalogna, come è stato oggettivamente dimostrato. Pertanto, la legge spagnola applicabile alla divisione dei loro beni sarà il Codice Civile catalano, perché sono soddisfatte due condizioni: la loro residenza abituale in Catalogna è mantenuta dopo la separazione di fatto, così come la loro intenzione di rimanervi. Entrambi, infatti, avevano vissuto in questo territorio durante i dodici mesi precedenti il cambio di residenza della coppia e la presentazione della domanda di divorzio. Pertanto, i tribunali catalani sono competenti a decidere sul divorzio ed il regime di separazione dei beni disciplinerà la divisione dei loro beni, ma cambiando due volte per quanto riguarda il luogo di dimora della coppia: la prima dall'inizio del matrimonio fino alla loro residenza in Catalogna, relativa al luogo di celebrazione del matrimonio (legge irlandese); la seconda da quando hanno avuto la loro residenza in Catalogna (Codice Civile catalano).

3.4 Da quando si producono gli effetti del regime patrimoniale matrimoniale, ai sensi del Regolamento UE 2016/1103? È possibile un'applicazione retroattiva?

Occorre premettere che nel caso esaminato la domanda di divorzio è fatta dal marito, cittadino svedese, e che il periodo più lungo di residenza è stato a Barcellona. Tuttavia, la legge catalana si applica solo dal momento della conclusione del matrimonio, salvo diverso accordo. Nel qual caso, la legge catalana avrebbe effetto a partire dallo stabilimento dell'ultima

residenza abituale comune e la sua applicazione non pregiudica i diritti dei terzi derivanti dalla legge applicabile, ai sensi del par. 1, lettera *a*); oppure se i coniugi hanno concluso un matrimonio prima dello stabilimento della loro ultima residenza abituale comune in quest'altro Stato.

Tenendo conto che si sono sposati nel 2012 e che la residenza abituale a Barcellona non si ha fino al 2016, possono verificarsi due situazioni diverse: la prima, meno probabile, è che lei sia d'accordo, nel qual caso, la legge catalana avrà effetto retroattivo dalla celebrazione del matrimonio. L'altra, che nel nostro caso è più probabile, sarebbe che lei si opponga, nel qual caso il Codice Civile catalano si applicherà a partire dalla data in cui entrambi hanno stabilito la loro residenza abituale a Barcellona nel 2016.

4. Conclusioni

Il profilo più significativo è che la rilevanza della cittadinanza si sposta a favore della residenza abituale, e di conseguenza fa sì che la legge applicabile vari in Stati come la Spagna e il Regno Unito che sono plurinazionali, dove è consentita l'applicazione delle loro norme.

S'aggiunga che il diritto di scelta concesso alle parti dal Regolamento 2016/1103 implica che l'impatto temporale dell'applicazione va oltre la sua data di entrata in vigore; e la retroattività degli effetti della celebrazione del matrimonio dipenderà dalla volontà dei coniugi. In caso contrario, gli effetti si produrranno solo dalla data di conclusione dell'accordo.

La divisione tra i paesi che partecipano alla cooperazione rafforzata e quelli che non vi partecipano non implica un limite assoluto all'applicazione del regolamento, poiché in base al principio della libera scelta le parti possono determinarne l'applicazione⁹.

Infine, lo scioglimento del vincolo matrimoniale comporta, oltre alle più che evidenti conseguenze personali, una serie di implicazioni di natura finanziaria, tra cui lo scioglimento e la liquidazione del regime patrimoniale matrimoniale¹⁰. La questione è attualmente disciplinata dal

9. A. WYSOCKA-BAR, *Enhanced cooperation in property matters in the EU and non-participating Member States*, in *ERA Forum* 2019, 1-14.

10. K. BOELE-WOELKI - F. FERRAND, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, M. JÄNTERÄ-JAREBORG - N. LOWE - D. MARTINY - W. PINTENS (a cura di), *Principles of European family law regarding property relations between spouses*, Cambridge-Antwerp-Portland 2013 e K. BOELE-WOELKI - B. BRAAT - I. CURRY-SUMMER (a cura di), *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Antwerp-Oxford-Portland 2008.

Regolamento UE 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che istituisce una cooperazione rafforzata relativa alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, mentre il Regolamento Roma III si applica in base alle norme sui conflitti di diritto internazionale privato quando le parti non scelgono la legge applicabile in uno dei 18 Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata o quest'ultima non si applica.

I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il diritto di famiglia nel prisma del diritto internazionale privato. Patti prematrimoniali e ordine pubblico internazionale. – 2. La «lezione» del diritto eurounitario. Autoresponsabilità e autonomia contrattuale dei coniugi, anche in via preventiva, nei regolamenti UE. – 3. Il trattamento internazionalprivatistico dei patti prematrimoniali in vista del divorzio e il problema del *dépeçage*: profili «alimentari» vs. profili «di regime». – 4. *Segue*. Ancora sulle difficoltà della distinzione tra profili «alimentari» e profili «di regime» nei patti prematrimoniali. – 5. Ulteriori particolarità del *dépeçage* dei patti prematrimoniali in vista del divorzio: alla ricerca di un comune denominatore internazionalprivatistico tra le varie possibili clausole di un patto prematrimoniale. – 6. Limiti e rimedi al *dépeçage* dei patti prematrimoniali. – 7. Il trattamento internazionalprivatistico dei patti «pre-unione civile».

1. *Introduzione. Il diritto di famiglia nel prisma del diritto internazionale privato. Patti prematrimoniali e ordine pubblico internazionale*

L'applicazione dell'ottica internazionalprivatistica ai settori giusfamiliari è venuta ad offrire nel corso degli ultimi anni spunti sempre più interessanti, anche per il cultore del diritto materiale interno e comparato e l'argomento dei patti (o accordi, o contratti) prematrimoniali stipulati in vista di un'eventuale crisi del rapporto affettivo non si sottrae certo a questa osservazione. L'autore del presente studio ricorda che, sin dal suo primo accostarsi alle questioni legate alla predeterminazione per via negoziale delle conseguenze patrimoniali della separazione e del divorzio¹,

1. Cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 485 ss., 560 ss.; Id., «*Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 171 ss. e in AA.VV., *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, a cura di F. Ruscello, Padova, 2006, 105 ss.; Id., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, 69 ss.; per alcuni successivi contributi che tengono conto della legislazione soprav-

ebbe modo di imbattersi in un caso in cui la Suprema Corte italiana era stata chiamata (correva l'anno 1984) a pronunciarsi sulla compatibilità di un contratto statunitense *in contemplation of divorce* con i principi del nostro ordine pubblico internazionale.

Quella decisione ha costituito, per così dire, il prodromo di una serie di «contatti» e «dialoghi», non sempre agevoli, tra esperienze e visioni diverse, o, se vogliamo, tra soluzioni collaudate all'estero per le crisi familiari, da un lato, ed una cultura giuridica, dall'altro, che, come la nostra, sembra aver smarrito la consapevolezza del fatto che la concezione negoziale in via preventiva dei rapporti *inter coniuges* costituisce parte integrante anche della più genuina tradizione romanistica². Un'ottica, quest'ultima, che la Cassazione italiana ancora oggi preferisce invece rigettare, senza troppi complimenti, come «aliena»³.

Va detto, a questo punto, che il principio di diritto internazionale privato stabilito dalla nostra giurisprudenza nella sentenza sopra citata conserva oggi sicura validità ed attualità.

venuta in tema di negoziazione assistita in materia di separazione personale e divorzio, nonché di taluni progetti di legge in materia cfr. ID., *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Fam. e dir.*, 2015, 165 ss.; ID., *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, in AA.Vv., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini e M. Palazzo, Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato, n. 1-2018, Milano, 2018, 33 ss.; cfr. inoltre T. BALLERINI, *Gli accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d. l. n. 132 del 2014*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1 ss.; C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 207; ID., *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2018, 1041 ss.; F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 191 ss.; A. FUSARO, *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Fam. e dir.*, 2018, 1031 ss.; E. QUADRI, *In margine ad una recente iniziativa parlamentare in materia di "accordi prematrimoniali"*, in *Giust. civ.*, 2018, 291 ss.; R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, in *Contratti*, 2019, 601 ss.; G.F. BASINI, *I cosiddetti "patti prematrimoniali". Note de iure condendo*, in *Fam. e dir.*, 2019, 1153 ss.

2. Cfr., anche per i richiami, G. OBERTO, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, 535 ss.; v. inoltre ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 66 ss., 87 ss.

3. Impropropriamente, peraltro, secondo quanto si è tentato di dimostrare in altra sede: cfr. (oltre ai lavori citati *supra*, alla nota 1) G. OBERTO, *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2008, 25 ss.; ID., *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, cit., 50 ss.

Secondo tale decisione, invero, «L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (applicabile ai sensi degli artt. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani»⁴.

Compiuti gli opportuni adattamenti alla situazione normativa attuale⁵ e depurata la massima dal richiamo al principio (erroneamente dato per scontato) secondo cui gli accordi prematrimoniali inevitabilmente si porrebbero in contrasto con l'ordine pubblico interno, la regola fondamentale della non contrarietà degli accordi prematrimoniali «stranieri» rispetto al nostro ordine pubblico internazionale resta assolutamente intatta⁶. Il

4. Cfr. Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv.*, 1985, 579; in *Dir. fam. pers.*, 1984, 521.

5. Su cui v. *infra*, § 2.

6. Da notare che non riguarda, invece, il tema della contrarietà o meno all'ordine pubblico internazionale italiano degli accordi prematrimoniali la fattispecie risolta da Cass., 30 luglio 2012, n. 13556, in *Fam. e dir.*, 2013, 879, con nota di Gancitano, la quale si è limitata a confermare il riconoscimento automatico di una sentenza straniera «parziale» di divorzio, ex art. 64, l. 31 maggio 1995, n. 218. Nella specie, il giudice texano aveva pronunciato la sentenza di divorzio statuendo unicamente sui rapporti patrimoniali tra i coniugi – cittadini statunitensi residenti dal 2002 in Italia – aderendo al contenuto degli accordi in quella sede (e, dunque, neppure di *premarital agreement* si trattava) conclusi, laddove le decisioni sulla prole venivano rimesse al giudice italiano. Lex moglie, costituitasi nel giudizio di legittimità, lamentava la contrarietà della sentenza di secondo grado all'ordine pubblico, tra gli altri motivi, proprio per la mancanza di statuizioni in merito all'affidamento e al mantenimento dei figli. I giudici di legittimità hanno tuttavia confermato la sentenza emessa dalla Corte d'appello, sia per la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 64, legge n. 281 del 31 maggio 1995, necessari per il riconoscimento automatico delle sentenze emesse da un giudice straniero, sia perché «nessun principio costituzionale impone che la definitiva regolamentazione dei diritti e dei doveri scaturenti da un determinato *status* sia gettata in un unico contesto; che nel nostro ordinamento è prevista la sentenza non definitiva di divorzio con possibile rinvio al prosieguo anche per l'adozione dei provvedimenti definitivi relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento».

che costituisce una conclusione di non poco rilievo, a fronte del fatto che la soglia dell'ordine pubblico internazionale continua a permanere, anche nella produzione normativa eurounitaria più recente, sia quale limite all'applicazione della legge prescelta dinanzi al foro (così, ad es., l'art. 31 dei «regolamenti gemelli», nn. 1103 e 1104 del 2016 – in materia, rispettivamente, di regimi patrimoniali tra coniugi e di rapporti patrimoniali tra partner di un'unione registrata⁷ – e l'art. 12 del regolamento n. 1259 del 2010, sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio), sia quale motivo ostativo alla circolazione di una decisione o di un atto pubblico (artt. 37 e 59 dei citati «regolamenti gemelli», nn. 1103 e 1104 del 2016), sebbene in forma, per così dire, attenuata⁸.

Non solo. Come si avrà modo di constatare tra breve, il principio appena citato, circa la non contrarietà degli accordi prematrimoniali «alieni» rispetto al nostro ordine pubblico internazionale, costituisce uno dei pochi punti fermi del settore in esame, caratterizzato dalle notevoli incertezze legate alla difficoltà di ricostruzione di un mosaico normativo quanto mai complesso. Un punto fermo che trova adeguato *pendant* in uno dei sistemi stranieri a noi più vicini, vale a dire quello francese. Pure oltralpe è, infatti, pacifico che un contratto matrimoniale sulla *prestation compensatoire*, anche nel caso di rinuncia anticipata alla stessa, non è contrario all'*ordre public international*⁹.

7. Su cui v. per tutti veda P. LAGARDE, *Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés*, in *Riv. dir. int. priv.*, 2016, 684 ss.

8. Come rilevato in dottrina (cfr. C. SILVESTRI, *Il contrat de mariage in Francia e la circolazione Ue degli accordi prematrimoniali*, in AA.VV., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini e M. Palazzo, cit., 498 s.), se si ha riguardo al regolamento n. 1103 del 2016, si può rilevare che il 7° *Considerando* «evoca l'ordine pubblico nel suo tradizionale ruolo di meccanismo di regolazione dell'osmosi tra leggi di paesi diversi, ma il 54° *Considerando* (del Reg. 1103, corrispondente al 53° *Considerando* del Reg. 1104), ne delimita incisivamente l'operare. Esso precisa come «determinate disposizioni di una legge straniera» possano essere disattese soltanto in «circostanze eccezionali», per «ragioni di interesse pubblico» e con riferimento a «una precisa fattispecie», escludendo la possibilità di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico qualora ciò implicasse la violazione della normativa sui diritti CEDU e in particolare il principio di non discriminazione». L'Autrice sottolinea ulteriormente che «l'indicazione offerta dal *Considerando* circa la necessità di un'interpretazione restrittiva della nozione di ordine pubblico, «costituisce una costante nella giurisprudenza della Corte di giustizia formatasi con riferimento ai motivi ostativi alla circolazione delle decisioni in base al sistema Bruxelles I».

9. Cfr., anche per i necessari richiami alla dottrina e alla giurisprudenza transalpina, E. GALLANT, *Contrats nuptiaux internationaux et anticipation des conséquences financières du divorce: quel ordre public?*, <http://www.indret.com>, 147 ss.

Da notare che, per la cronaca, nel diritto interno francese si ritiene comunemente che analogo contratto, ove non caratterizzato da elementi di estraneità, sia invece nullo, similmente a quanto deciso dalla nostra giurisprudenza di legittimità; ciò, peraltro, con la non trascurabile differenza per cui oltralpe (contrariamente rispetto a noi) non fanno difetto disposizioni che chiaramente danno ad intendere che colà la *prestation compensatoire* non è disponibile. Si veda, ad esempio, quanto stabilito dall'art. 278 cpv. del *Code Civil*, a mente del quale il giudice può rifiutare l'omologa dell'accordo sulla *prestation compensatoire* nel caso di *divorce par consentement mutuel*, nel caso in cui l'accordo «*fixe inéquitement les droits et obligations des époux*», laddove analogo potere compete ai tribunali italiani solo ed esclusivamente a condizione che l'accordo concerna la prole minorenni. Costatazione, questa, da cui appare agevole ricavare la piena disponibilità, da noi, dell'assegno *inter coniuges*¹⁰, come del resto finalmente riconosciuto anche dalle Sezioni Unite nel 2018¹¹.

Non deve poi trascurarsi il fatto che lo sfavore del diritto francese (interno) nei confronti dei patti prematrimoniali sull'assegno divorzile è ampiamente controbilanciato dall'assoluto favore dello stesso sistema per la predeterminazione delle conseguenze patrimoniali dello scioglimento del regime patrimoniale in caso di divorzio. Ciò è dimostrato, a tacer d'altro, dall'apprezzamento di cui godono in Francia la clausola alsaziana¹², nonché tutte quelle altre clausole che, nel regime di *communauté légale*, consentono al notaio, in sede di stipula del *contrat de mariage*, di adattare il regime legale alle esigenze di ogni singola coppia, attraverso un accorto sistema di *aménagement contractuel* della comunione in vista del momento del suo scioglimento. Tutto questo, si badi, sulla scorta di una tradizione vecchia di diversi secoli¹³.

10. Per richiami e approfondimenti in questo senso cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 379 ss., 421 ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2003, 389 ss., 495 ss.

11. Cfr. Cass., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Corr. giur.*, 2018, 1186, con nota di S. Patti, che esprime condivisibilissime valutazioni critiche sul *decisum*; un altro pregevole commento, fortemente critico, si deve a F. MACARIO, *Una decisione anomala e restauratrice delle sezioni unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio*, in *Foro it.*, 2018, c. 3605 ss.

12. Su cui v. *infra*, § 3.

13. Sul punto si fa rinvio a G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, I, Milano, 2010, 385 ss. Le clausole in oggetto sono, in estrema sintesi, le seguenti: (a) attribuzione (a titolo sia gratuito che oneroso) di beni personali di un coniuge al superstite (c.d. *clause commerciale*, ai sensi degli artt. 1390 s. c.c. fr.); (b) assegnazione, all'atto dello

2. *La «lezione» del diritto eurounitario. Autoresponsabilità e autonomia contrattuale dei coniugi, anche in via preventiva, nei regolamenti UE*

Venendo ora ad accostarci al tema dei rapporti tra diritto internazionale privato di fonte eurounitaria e contratti prematrimoniali, osserviamo subito che tale normativa, cui si fa riferimento nel presente §, assume vieppiù un ruolo fondamentale, anche e soprattutto per i suoi inevitabili riflessi interni.

La «lezione» che il diritto europeo di famiglia¹⁴ ci impartisce, infatti, è quella secondo cui i problemi giuridici transnazionali della crisi di coppia vanno affrontati alla luce del principio di autoresponsabilità e di autonomia contrattuale. Un'autonomia, si badi, che può essere esercitata non solo al momento della crisi, ma anche prima di essa, sin dal momento della costituzione del vincolo personale. Tale principio, in verità, fa capolino in tutti gli strumenti di fonte eurounitaria volti a trattare speciali profili dei rapporti endofamiliari. Ci si riferisce, qui, ovviamente, *in primis*, al regolamento conosciuto come «Bruxelles II-bis», o, più esattamente, regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, «relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000¹⁵».

scioglimento della comunione, di beni comuni ad uno dei coniugi (o ex tali), previo pagamento di una somma di denaro predeterminata (c.d. *prélèvement moyennant indemnité*, ai sensi dell'art. 1497 c.c. fr.); (c) facoltà per l'uno o l'altro dei coniugi di prelevare, sempre in occasione dello scioglimento, determinati beni a titolo gratuito (c.d. *préciput*, ai sensi dell'art. 1497 c.c. fr.); (d) divisione della massa comune (o di una porzione di essa) in parti non uguali (c.d. *stipulation de parts inégales* e di *attribution de la totalité de la communauté au survivant*, ai sensi dell'art. 1497 c.c. fr.); (e) attribuzione dell'intera massa ad uno solo dei coniugi, con diritto, per l'altro ad ottenere una somma a titolo forfetario (c.d. *forfait de communauté*, ammesso espressamente dal *Code* prima della riforma del 1965, sulla scorta della tradizione del *droit coutumier* e ritenuto valido ancora oggi); (f) possibilità di pervenire ad un «bilanciamento» tra separazione e comunione, mercé la creazione di una *société d'acquêts* adietta ad un regime separatista, con la possibilità per i coniugi di predeterminare l'applicabilità della regola comunitaria in relazione soltanto ad alcune, ben individuate, categorie di beni.

14. Sul se ed in che misura si possa oggi parlare di un «diritto europeo della famiglia», cfr. G. OBERTO, *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 367 ss.

15. Da notare che, in prospettiva, il regolamento in oggetto sarà sostituito dal nuovo regolamento n. 1111 del 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione

Altro strumento fondamentale in questa materia è il regolamento n. 1259 del 2010 (conosciuto anche come «Roma III»), relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

Si dovrà poi citare il regolamento n. 4/2009 del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

Infine, particolare menzione meritano i già ricordati «regolamenti gemelli» n. 1103 e n. 1104 entrambi del 2016: questi ultimi (come del resto quello sulle obbligazioni alimentari) di natura «doppia», essendo diretti, come tali, a disciplinare ad un tempo la competenza giurisdizionale e la circolazione delle decisioni, nonché la legge applicabile⁽¹⁶⁾, rispettivamente con riferimento al regime patrimoniale tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni civili registrate.

Ora, si afferma un'ovvietà quando si rimarca che l'«impatto» dei nostri principi con accordi prematrimoniali stranieri è comunque destinato ad aumentare, in considerazione, da un lato, dell'incremento dei matrimoni (e delle unioni civili) con cittadini stranieri (o, in ogni caso, delle unioni caratterizzate dalla presenza di un elemento di estraneità), e, dall'altro, per via del correlato aumento del numero delle procedure conseguenti alla crisi di tali vincoli. Ciò è vero al punto che, ad esempio, il Consiglio Nazionale del Notariato si è sentito in dovere di elaborare un parere (in senso favorevole, nelle proprie conclusioni) sulla possibilità di estendere il trattamento italiano di esenzione per gli atti relativi alle separazioni ed ai divorzi anche ai trasferimenti (attratti alla disciplina fiscale italiana) che

delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori. Il nuovo regolamento è stato adottato dal Consiglio UE il 25 giugno 2019 con la speciale procedura stabilita per il settore del diritto di famiglia, che prevede l'unanimità dei membri del Consiglio previa consultazione del Parlamento europeo. Esso è destinato a sostituire a partire dal 1° agosto 2022 il regolamento «Bruxelles II-bis», in tutti i paesi membri dell'Unione, con l'eccezione della Danimarca; ha partecipato alla sua adozione anche il Regno Unito, ma naturalmente il suo recesso dall'Unione comporta per esso la cessazione dell'efficacia di tutta la legislazione europea. Questo nuovo regolamento si potrebbe denominare «Bruxelles II-ter», ma nei documenti informativi della Commissione europea è invece sinora indicato come «Bruxelles II-bis (rifusione)».

16. Deve peraltro tenersi presente che, *ex art. 69, par. 3*, «Le disposizioni del capo III [legge applicabile] sono applicabili solo ai coniugi che hanno contratto matrimonio [o ai partner che hanno registrato la loro unione] o che hanno designato la legge applicabile al loro regime patrimoniale successivamente al 29 gennaio 2019», con la conseguenza che, in caso contrario, trovano applicazione le norme della l. n. 218 del 1995.

avvengano tra stranieri in relazione a separazioni e divorzi perfezionati secondo le regole degli ordinamenti competenti per i loro rapporti personali¹⁷. Ennesima riprova, questa, del fatto che alla prevedibile esplosione del contenzioso familiare *cross border* si può rispondere in modo adeguato solo puntando (esattamente come per i conflitti puramente «interni») sull'idea della negozialità¹⁸.

Una negozialità che, in taluni casi, assume aspetti particolarmente incisivi, come quando, ad esempio, si concede ai coniugi di decidere se attribuire o meno effetto retroattivo alla scelta di un determinato regime patrimoniale, ai sensi dell'art. 22, par. 2 e 3 di ciascuno dei due «regolamenti gemelli»¹⁹.

17. Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 148-2019/T, *Il trattamento di esenzione da imposte per gli atti di trasferimento relativi a separazione e divorzio tra soggetti stranieri*, di G. Petteruti (Approvato dalla Commissione Studi Tributarî il 17 ottobre 2019), <https://www.notariato.it/sites/default/files/148-2019-T.pdf>.

18. In generale sul ruolo dell'autonomia privata quale criterio di collegamento nel diritto internazionale privato cfr. C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme*, in *Recueil des Cours*, t. 359, 2013, 398 ss.; K. KROLL - LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Collisionsrecht*, Tübingen, 2013, *passim*; F. MAULTZSCH, *Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument?*, in *Journ. Priv. Int. Law*, 2016, 466 ss.

19. Come rilevato in dottrina (cfr. I. VIARENGO, *Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea*, in *Riv. dir. int. priv.*, 2018, 50), la volontà delle parti può divenire un «fattore di variabilità» laddove esse pongano in essere la scelta di una nuova legge, ma la variabilità della legge applicabile può comportare delicati problemi, ad esempio quando si passi da un regime di comunione a un regime di separazione, o viceversa; o quando cambi la disciplina relativa all'amministrazione o alla disposizione dei beni delle parti, richiedendo la nuova legge per l'alienazione dei beni di uno il consenso dell'altro. La soluzione favorevole alla retroattività della nuova legge offre l'indubbio vantaggio di garantire l'unità della disciplina applicabile al regime patrimoniale e quindi del regime stesso, che rappresenta, come ovvio, un valore importante in questa materia. Per contro conduce all'inaccettabile conseguenza, ad esempio, di far cadere un bene, ritenuto acquisito al patrimonio personale di un coniuge o di un partner, in regime di comunione con l'altro solo a seguito di mutamento della legge applicabile, spesso non voluto né previsto dalla coppia. Ben si comprende quindi la soluzione del legislatore comunitario, una volta stabilito il principio di immutabilità della legge applicabile, di rimettere alla volontà delle parti la scelta in merito alla retroattività o non della legge applicabile, con il prodursi delle conseguenze che ne derivano. Da notare che la situazione viene a presentare elementi di analogia con il caso (di diritto interno) in cui i coniugi (o i civilmente uniti) in regime di separazione decidano di instaurare con apposita convenzione il regime legale con effetto *ex tunc*, per mezzo di un accordo di mutuo dissenso, mercé il quale si dissolvano retroattivamente la convenzione (o la scelta) avente ad oggetto il regime separatizio: su

In questo contesto va considerato che il ricordato principio di auto-responsabilità ed autonomia delle parti aveva trovato nel diritto internazionale privato italiano una sua prima consacrazione già nell'art. 30, l. 218/1995, il quale consentiva ai coniugi, a mezzo di una convenzione scritta, di derogare al criterio fissato per l'individuazione della disciplina applicabile ai rapporti personali. Nello stesso senso andavano anche gli artt. 22 ss. della medesima legge²⁰.

La regola non ha fatto che svilupparsi nella legislazione di fonte comunitaria.

Così, il già ricordato regolamento n. 1103 del 2016 permette espressamente che l'accordo sulla legge applicabile al regime patrimoniale venga concluso prima del matrimonio, come previsto dal relativo *Considerando* n. 45²¹, nonché dall'art. 22 del regolamento citato, che consente tale accordo non solo ai coniugi, ma anche ai «nubendi»²².

In modo del tutto analogo, anche il regolamento in tema di legge applicabile alle cause transnazionali di separazione e divorzio (il già ri-

quest'ultimo argomento cfr. G. OBERTO, *Mutuo dissenso e convenzione di separazione dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 817 ss.

20. Cfr. F.R. FANTETTI, *Il regime patrimoniale europeo della famiglia*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 140 ss., secondo cui l'art. 30 cit. concedeva ai coniugi «di inserire nella *lex contractus matrimonii* istituti diversi da quelli propri del nostro ordinamento quali, ad esempio, gli accordi preventivi in vista del divorzio – i *prenuptial agreements in contemplation of divorce* –, e di stipulare un *pactum de lege utenda* che limita quanto disposto ex art. 161 del nostro codice civile, il quale trova applicazione solo ove i rapporti patrimoniali tra coniugi sono sottoposti alla legge italiana. L'articolo recita infatti che gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto od in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, ma devono enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti. L'attuale disciplina di diritto internazionale privato attribuisce ai coniugi la possibilità di scegliere o modificare il diritto applicabile ai loro rapporti patrimoniali riconoscendo ampi margini di esplicazione della loro volontà». Sui rapporti tra art. 161 c.c. e diritto internazionale privato v. *amplius* G. OBERTO, *Del regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, Commento agli artt. 159, 160 e 161, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della Famiglia*, 2° ed., a cura di G. Di Rosa, artt. 74-230-ter, Torino, 2018, 1177 ss.

21. «45. Per agevolare ai coniugi la gestione dei beni, il presente regolamento dovrebbe autorizzarli a scegliere la legge applicabile al loro regime patrimoniale, indipendentemente dalla natura o dall'ubicazione dei beni, tra le leggi che presentano uno stretto collegamento con i coniugi in ragione della residenza abituale o della cittadinanza dei medesimi. Sarà possibile operare tale scelta in qualsiasi momento: prima del matrimonio, all'atto della conclusione del matrimonio o nel corso del matrimonio».

22. «I coniugi o nubendi possono designare o cambiare di comune accordo la legge applicabile al loro regime patrimoniale, a condizione che tale legge sia una delle leggi seguenti: (...)».

cordato «Roma III») prevede l'attribuzione di un ruolo senza precedenti all'accordo delle parti sulla designazione della legge. Un accordo, questo, la cui limitazione temporale viene individuata «al più tardi al momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale» (cfr. art. 5, par. 2, regolamento n. 1259 del 2010 cit.). Ora, proprio la mancata fissazione di un *dies a quo* per il raggiungimento di siffatta intesa autorizza a ritenere che la stessa possa essere raggiunta già al momento della celebrazione delle nozze²³. Da quanto appena detto sembra derivare, dunque, un'ulteriore conferma dell'ammissibilità dei contratti prematrimoniali, se non addirittura un incoraggiamento alla conclusione degli stessi²⁴.

Ma, al di là di quanto appena osservato, ciò che poi appare molto importante ai fini della presente indagine è l'osservazione per cui – oltre al fatto di concedere la possibilità di raggiungere in via preventiva un'intesa sulla legge applicabile a determinati rapporti endofamiliari – il diritto europeo della famiglia lascia vistosamente trapelare il fatto che esso *presuppone*, addirittura, e *dà assolutamente per scontata* la validità, *sul piano del diritto materiale interno* dei Paesi membri, di patti prenuziali in vista del divorzio.

Si veda ad esempio quanto stabilito dall'art. 3 del già citato regolamento n. 1103 del 2016, laddove, dal combinato disposto delle lett. *b*) ed *a*), emerge con chiarezza che (non solo, come si è detto, la scelta della legge applicabile, ma anche) la «convenzione matrimoniale» (intesa come «qualsiasi accordo» con cui le parti «organizzano il loro regime patrimoniale») ben può essere stipulata non solo tra coniugi, ma anche tra «nubendi» (e, dunque, prima delle nozze), al precipuo fine di regolare i rapporti patrimoniali tra le parti e rispetto ai terzi, in conseguenza non

23. In questo senso (con riguardo al progetto che avrebbe dato luogo al regolamento del 2010) cfr. anche C. RIMINI, *Arrivano i patti prematrimoniali*, in *La Stampa*, 23 novembre 2006, 25. Analogamente, C. CAMPIGLIO, *Prime applicazioni delle norme europee sui divorzi «internazionali»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 182, osserva che «Nulla dispone invece il regolamento quanto al *dies a quo* e, in particolare, in ordine alla possibilità di effettuare la scelta già prima della celebrazione delle nozze, in occasione dei sempre più frequenti *prenuptial agreements*. È bensì vero che a quell'epoca non può parlarsi ancora di «coniugi», ma non sembrano esservi ragioni per ritenere invalida la scelta. L'unico rischio è che il trascorrere del tempo faccia venir meno il collegamento con la legge scelta (ad esempio, perché i coniugi hanno stabilito la loro residenza in uno Stato diverso da quello la cui legge avevano scelto) e si finisca così per tradire lo spirito del regolamento». Inutile dire che a quest'ultimo dubbio si può replicare facendo presente che, per lo meno sulla base del comune accordo, i coniugi possono prevedere «in corso d'opera» una modifica dell'accordo originariamente raggiunto sulla scelta della legge applicabile.

24. Di «porta aperta agli accordi prematrimoniali» parlano anche M. VELLETTI - E. CALÒ, *La disciplina europea del divorzio*, in *Corr. giur.*, 2011, 733.

solo del matrimonio, ma anche «del suo scioglimento»²⁵. Lo stesso principio appare desumibile dall'art. 27, laddove si afferma espressamente che l'accordo sulla legge applicabile determina, tra l'altro (cfr. la relativa lett. e)), lo scioglimento del regime patrimoniale tra coniugi e la divisione, distribuzione o liquidazione dei beni²⁶.

Il principio appena ricordato trova poi una sua eco significativa nel regolamento «parallelo» sui rapporti patrimoniali in seno alle unioni registrate: strumento, questo, come si dirà²⁷, applicabile, alle nostre unioni civili caratterizzate da uno o più elementi di internazionalità. Ed infatti, il regolamento n. 1104 del 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, pur riferibile a situazioni diverse da quelle matrimoniali, ma certamente ascrivibili alla costellazione familiare, richiama più volte gli accordi «tra futuri partner», così manifestando chiaramente un favore verso la pattuizione preventiva dei citati effetti patrimoniali: cfr. art. 3, par. 1, lett. c); art. 22, par. 1; art. 22, par. 1, lett. a) e b). E che tra tali effetti patrimoniali possano rientrare anche quelli collegati allo scioglimento dell'unione affettiva è ulteriormente reso chiaro dal par. 1, lett. b), del citato art. 3²⁸.

Nel sistema del regolamento in questione appare, dunque, lampante che una «convenzione tra partner» è un accordo che ben può essere concluso (addirittura!) prima dell'inizio della unione registrata e ben può avere ad oggetto (anche, o solo) la divisione, distribuzione o liquidazione dei beni all'atto dello scioglimento dell'unione registrata²⁹.

25. «Ai fini del presente regolamento si intende per: a) “regime patrimoniale tra coniugi”: l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei coniugi tra loro e rispetto ai terzi in conseguenza del matrimonio o del suo scioglimento; b) “convenzione matrimoniale”: qualsiasi accordo tra i coniugi o i nubendi con il quale essi organizzano il loro regime patrimoniale (...)».

26. «La legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi ai sensi del presente regolamento determina tra l'altro: (...) e) lo scioglimento del regime patrimoniale tra coniugi e la divisione, distribuzione o liquidazione dei beni».

27. V. *infra*, § 7.

28. «Ai fini del presente regolamento si intende per: (...) b) “effetti patrimoniali di un'unione registrata”: l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei partner tra loro e verso terzi, in conseguenza del rapporto giuridico creato dalla registrazione dell'unione o del suo scioglimento; c) “convenzione tra partner”: qualsiasi accordo tra i partner o i futuri partner con il quale essi organizzano gli effetti patrimoniali della loro unione registrata; (...)».

29. Va precisato che, ove trasposto alla realtà italiana, il regolamento ha ad oggetto non già le convivenze di fatto – atteso che, ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. a), la registrazione

Tornando alla questione della predeterminazione del diritto applicabile, deve constatarsi che la possibilità di fissare *ex ante* quale sarà il diritto applicabile a svariati aspetti dell'unione coniugale (o della sua crisi) appare costituire un dato ormai costante nella normativa internazional-privatistica. Oltre ai casi già citati della legge applicabile alla separazione e al divorzio, nonché della scelta della legge applicabile al regime patrimoniale, potrà infatti farsi menzione dell'art. 8 del protocollo dell'Aia del 23 novembre 2007, relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, a sua volta richiamato dall'art. 15 del regolamento n. 4 del 2009 sulle obbligazioni alimentari. Secondo quest'ultimo principio, le parti possono designare di comune accordo la legge applicabile al loro rapporto mediante un'intesa che può essere conclusa, testualmente, «at any time». Quanto mai esplicita sul punto è la relazione esplicativa di Andrea Bonomi³⁰. E in proposito sarà appena il caso di ricordare che tra tali obbligazioni ricadono, come noto, anche le prestazioni assistenziali postmatrimoniali in sede di separazione e divorzio³¹.

Proprio con riguardo al regolamento n. 4 del 2009 sulle obbligazioni alimentari dovrà ancora menzionarsi il fatto che qualsiasi contratto pre-matrimoniale in vista della crisi coniugale in merito alla determinazione o all'esclusione delle prestazioni di mantenimento, stipulato in un Paese che ne ammetta la conclusione, beneficia del trattamento previsto dall'art.

deve essere prevista dalla legge nazionale come obbligatoria, laddove non è così per le italice unioni di fatto – ma certamente le unioni civili; in relazione a queste ultime, però, le «convenzioni tra partner» di cui al regolamento in questione altro non sono se non le convenzioni matrimoniali (o patrimoniali, che dir si voglia: sul punto cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giur. it.*, 2016, 1802), richiamate nel comma 13 dell'articolo unico di cui si compone la «riforma Cirinnà», mercé il rinvio all'art. 162 c.c. 30. Cfr. A. BONOMI, *Protocollo del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Testo adottato dalla ventunesima sessione. Relazione esplicativa*, <https://assets.hcch.net/docs/a20ac557-f94d-42da-b625-776e7de69f01.pdf>, 31, num. 126: «La scelta della legge applicabile è particolarmente utile nei rapporti tra i coniugi che concludono, prima o durante il matrimonio, un accordo sulle obbligazioni alimentari durante il matrimonio o dopo il divorzio. Grazie alla scelta, la legge applicabile all'obbligazione alimentare è determinata in anticipo, il che evita che la validità dell'accordo possa essere messa in discussione successivamente, in caso di cambiamento della residenza abituale dei coniugi o del coniuge creditore».

31. Cfr. G. OBERTO, *Crisi della famiglia e obblighi di mantenimento nella UE – I rimedi all'inadempimento*, in AA.VV., *Crisi della famiglia e obblighi di mantenimento nell'Unione Europea*, a cura di V. Roppo e G. Savorani, Torino, 2008, 85 ss.; ID., *Gli obblighi di mantenimento e il recupero dei crediti alimentari in diritto comunitario: la nozione comunitaria di «alimenti» e i principi in tema di competenza giurisdizionale*, <https://www.giacomooberto.com/milano2009/relazione.htm>.

48, con la conseguenza che, se contenuto in un documento definibile come «atto pubblico», ai sensi dell'art. 2, n. 3, è riconosciuto in ogni altro Stato membro ed ha la stessa esecutività delle decisioni rese ai sensi del capo IV del citato regolamento³².

Quasi superfluo ricordare, poi, che alla regola che esalta la libertà negoziale nella scelta della legge applicabile fa *pendant* la libertà concessa ai coniugi, pur se «inquadrata» nel contesto di alcuni adeguati limiti, nell'elezione del foro competente: la volontà delle parti come vero e proprio criterio di giurisdizione riceve ormai, dunque, uno spazio adeguato in tutti gli strumenti normativi di cui si è fin qui discusso³³.

La conclusione di questa panoramica è, dunque, nel senso che non solo la comparazione con i sistemi stranieri, ma anche il diritto eurounitario (che, a differenza degli ordinamenti stranieri, è, come noto, parte integrante e fondamentale della nostra normativa) ci dice ormai che i contratti prematrimoniali in vista del divorzio (sono presupposti come, e pertanto) devono ritenersi validi e ammissibili. Di tale realtà appare quindi opportuno che anche la giurisprudenza interna cominci ad acquisire consapevolezza³⁴, utilizzando le considerazioni di cui sopra quale elemento

32. Tra l'altro, pur avendo lo scrivente sostenuto in passato (peraltro, in forma ampiamente dubitativa) che il regolamento in oggetto non si sarebbe applicato alle unioni di fatto (cfr. G. OBERTO, *Gli obblighi di mantenimento e il recupero dei crediti alimentari in diritto comunitario: la nozione comunitaria di «alimenti» e i principi in tema di competenza giurisdizionale*, cit., § 3), vi è da ritenere che l'evoluzione normativa a livello europeo (v. in particolare l'adozione del regolamento n. 1104 del 2016 sui rapporti patrimoniali nelle unioni registrate), e, soprattutto, la giurisprudenza CEDU sulla nozione di «vita familiare», come estesa anche alle convivenze *more uxorio*, nonché la «riforma Cirinnà» in Italia, consentano oggi di superare ogni dubbio nel senso di ritenere applicabile il regolamento in oggetto non solo alle prestazioni alimentari nel contesto della famiglia basata sul matrimonio, ma anche a quelle relative all'unione civile e alle convivenze di fatto. Da ciò deriva che, ad es., anche i contratti di convivenza per atto pubblico saranno rilevanti ex art. 48, reg. n. 4 del 2009, mentre saranno prestazioni alimentari rilevanti ai fini dello strumento normativo in oggetto pure le prestazioni di alimenti in assenza di contratto di convivenza eventualmente stabilite dal giudice a seguito della rottura del legame di fatto, ai sensi del comma 65 dell'articolo unico della citata novella del 2016.

33. In argomento, per un'ampia panoramica illustrativa, cfr. da ultimo S. BARIATTI, *Volontà delle parti e internazionalità del rapporto giuridico: alcuni sviluppi recenti nella giurisprudenza della corte di giustizia sui regolamenti europei in materia di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv.*, 2019, 513 ss.

34. Una consapevolezza, si badi, che neppure sembra caratterizzare la posizione «ufficiale» dello stesso governo italiano. Ed invero, quest'ultimo si è fatto latore, nel 2019, di una proposta di legge in materia (cfr. il d.d.l. di iniziativa governativa S/1151/XVIII, presentato al Senato il 19 marzo 2019), dal contenuto quanto mai vago e generico, posto

determinante nel far pendere il piatto della bilancia nel senso della validità, anche nel diritto interno, delle intese qui in discorso. Questo, a maggior ragione, in un periodo che, come il presente, appare caratterizzato da evidenti «sbandamenti», mentre la visione tradizionale dei patti in vista del divorzio, che vedeva questi ultimi come irrimediabilmente contrari all'ordine pubblico (interno) ed all'art. 160 c.c., inizia a mostrare (a parte l'evidente antistoricità) talune vistose crepe³⁵.

3. *Il trattamento internazionalprivatistico dei patti prematrimoniali in vista del divorzio e il problema del dépeçage: profili «alimentari» vs. profili «di regime».*

È ora giunto il momento di affrontare il problema dell'individuazione dei principi di diritto internazionale privato applicabili ai contratti prematrimoniali in vista del divorzio. Si tratta di vedere, dunque, come tale tipo di accordi sono considerati e trattati in relazione alle regole di conflitto tra ordinamenti. Impresa, questa, quanto mai ardua, in considerazione di quella situazione, efficacemente descritta dagli internazionalprivatisti come *dépeçage* («frazionamento», «spezzettamento»), che caratterizza svariati aspetti dell'odierno diritto di famiglia di fonte eurolunitaria. In forza di tale fenomeno³⁶, invero, un unico negozio giuridico può essere regolato da leggi nazionali differenti in relazione a differenti aspetti o parti

che trattasi di una sorta di «scatola vuota», che si limita a proporre una legge delega, la quale, tra varie possibili riforme del codice civile, dovrebbe essere volta all'emanazione, da parte del governo medesimo, di un decreto legislativo al fine di «b) consentire la stipulazione tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o costituita unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro, nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli». Ora, nella relativa relazione d'accompagnamento si legge che, al riguardo, esisterebbe una lacuna nel nostro ordinamento, «nel quale tuttora tali tipologie di accordi, sia patrimoniali che personali, sono reputati nulli rispetto invece ad altri ordinamenti, nei quali sono ammessi e regolamentati».

35. Sul tema si rimanda per tutti a G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltemaschine*, Nota a Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 2013, 323 ss.

36. Su cui v. in generale P. LAGARDE, *Le «Dépeçage» dans le droit international privé des contrats*, Padova, 1975, *passim*; S. SYMEONIDES, *Choice of law*, Oxford, 2016, 685 ss.; U. VILLANI, *Diritto internazionale privato: profili generali*, Napoli, 2019, 24 ss.

di esso. Un *dépeçage*, si badi, che, in questo caso – e a differenza di quanto accade, ad esempio, nel regolamento detto «Roma I», sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, ove è il testo normativo stesso (cfr. art. 3, comma 1) a consentire ai contraenti di «designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero ad una parte soltanto di esso» – viene ad operare automaticamente, a prescindere dalla volontà delle parti, quale effetto della contemporanea applicabilità di più strumenti normativi, ognuno dei quali agisce in relazione ad uno o più aspetti ed effetti riconnessi ad un'unica intesa negoziale endofamiliare.

Le conseguenze di questa situazione sono aggravate dal fatto che non solo l'argomento degli accordi, ma, più in generale, ogni aspetto della galassia giusfamiliare viene a presentarsi in maniera frammentaria nel contesto eurounitario. Come, infatti, efficacemente notato dalla nostra dottrina internazionalprivatistica, la frammentazione della legislazione europea in materia di famiglia costituisce uno dei maggiori problemi rilevati dall'analisi della prassi di applicazione dei regolamenti comunitari in questa materia. Da essa emerge che in caso di crisi del vincolo coniugale le questioni da trattare – obblighi alimentari, assegnazione della casa coniugale, liquidazione del regime matrimoniale e responsabilità genitoriale – di fatto sorgono nell'ambito della stessa causa, ma, pur strettamente correlate tra di loro, sono disciplinate in regolamenti diversi che le escludono reciprocamente dai rispettivi ambiti di applicazione. Il loro coordinamento non è semplice e può portare alla competenza di giudici diversi rispetto al giudice della separazione o del divorzio, così come, peraltro, all'applicazione di più leggi³⁷.

Il risultato finale è, dunque, un trattamento «a mosaico» – o, se si preferisce, «a macchia di leopardo» – delle varie fattispecie rilevanti, alla cui disciplina vengono in tal modo a partecipare, a diverso titolo, più strumenti normativi.

All'osservatore attento di questa materia non sarà, dunque, sfuggito che il contratto prematrimoniale *in contemplation of divorce* si pone, per così dire, proprio al crocevia tra le diverse facce di quel prisma che è oggi il diritto di famiglia europeo. Esso, infatti, attiene al matrimonio, ma anche al divorzio ed ai relativi effetti patrimoniali, intesi sia sul piano delle obbligazioni alimentari, che su quello dello scioglimento del regime patrimoniale *inter coniuges*³⁸.

37. Così I. VIARENGO, *op. cit.*, 35.

38. Si noti, poi, che questo contratto può anche presentarsi come intimamente collegato al suo *pendant* nel campo dei rapporti tra conviventi di fatto, come dimostrato, ad esempio,

Ed invero, se è certamente innegabile che, quando pensiamo ai contratti prematrimoniali, la mente corre agli accordi stipulati oltre oceano³⁹ tra v.i.p. al fine di arginare le (potenzialmente) devastanti conseguenze del divorzio, avuto riguardo, *in primis*, agli amplissimi poteri di cui dispone il giudice di *common law* di operare, in sede di divorzio, una riallocazione delle risorse acquisite da ciascuno durante la convivenza sulla base di criteri di ragionevolezza ed equità⁴⁰ e dunque in un'ottica che corrisponde, a ben vedere, a quella delle obbligazioni alimentari, è altrettanto vero che l'essenza e la ragion d'essere di un accordo prematrimoniale è anche quella, nei sistemi di matrice romano-germanica, di predefinire le conseguenze del divorzio sul regime patrimoniale. Si pensi, tanto per portare un esempio, che lo stesso Hegel, nei suoi Principi di filosofia del *diritto*, definiva lo scopo di questi accordi proprio come proprio quello di costituire una garanzia «gegen den Fall der Trennung der Ehe durch natürlichen Tod, Scheidung u. dergl. (...), wodurch den unterschiedenen Gliedern auf solchen Fall ihr Anteil an dem Gemeinsamen erhalten wird»⁴¹.

dall'esperienza australiana, ove la riforma del 2000 sui *prenuptial agreements* è «figlia» della normativa del 1984 in tema di contratti di convivenza (per l'*excursus* storico al riguardo si fa rinvio a G. OBERTO, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, cit., 50 ss.), o da quella del *Codi civil* della Catalogna (v. art. 231-20), il quale, da un lato, fornisce un'ampia e dettagliata regolamentazione dei *Pactes en previsió d'una ruptura matrimonial*, e, dall'altro (v. artt. 234-1 e 234-14) estende ai partner dell'unione libera la possibilità di concludere accordi *en previsió del cessament de la convivència*, con espresso rinvio alla citata normativa codicistica sui patti prematrimoniali (cfr. ID., *op. loc. ultt. citt.*).

39. Cfr. per tutti E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e dir.*, 2005, 542 ss.

40. Sul tema cfr. per tutti F. RONCHESI, *Regno Unito: una nuova regola sulla divisione dei beni dopo il divorzio*, in *Familia*, 2002, 843 ss.; v. inoltre L.J. THORPE, *Financial consequences of divorce: England versus the rest of Europe*, in *The future of family property in Europe*, a cura di Boele-Woelki, Miles e Scherpe, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, 4 ss.; A. FUSARO, *Marital contracts, Ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 475 ss. Sulla non contrarietà rispetto all'ordine pubblico internazionale italiano della sentenza di divorzio, emessa da una corte statunitense, con la quale veniva disposta l'assegnazione, in sede di divisione dei patrimoni dei coniugi, a seguito del divorzio medesimo, di un immobile sito in Roma ma intestato al marito, in base alle norme vigenti nello stato dell'Illinois, cfr. Cass., 18 aprile 2013, n. 9483. Non si deve poi anche trascurare che i sistemi di matrice anglosassone consentono di operare la citata redistribuzione delle risorse patrimoniali acquisite dai coniugi durante il matrimonio mercé il ricorso (e ciò sia in relazione alle coppie coniugate, che a quelle conviventi *more uxorio*) all'istituto del *trust* (sul tema c. per tutti G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, in *Il codice civile. Commentario* fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2005, 183 ss.).

41. Cfr. G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Leipzig, 1930, 147.

Appartengono dunque, *optimo iure*, alla categoria in discorso, ad es., i *contrats de mariage* francesi contenenti la c.d. «clausola alsaziana»⁴², ma anche quelli che racchiudono discipline pattizie sullo scioglimento «atipico» della *communauté légale*⁴³, così come i *capitols matrimoniaux* catalani mercé i quali i coniugi stipulano modifiche *al r gim legal supletori*⁴⁴, o gli *Ehevertr ge* tedeschi sulla scelta del regime di separazione dei beni (*Gütertrennung*), piuttosto che di un altro sistema diverso da quello legale, cos  come quelli che, pur optando per il regime legale della compartecipazione agli acquisti (*Zugewinnngemeinschaft*), escludono magari da esso la liquidazione e ripartizione delle aspettative pensionistiche (*Versorgungsausgleich*) a seguito dello scioglimento del regime predetto⁴⁵. Il tutto, non senza menzionare nel presente contesto la stessa opzione consentita alle (e massicciamente praticata dalla stragrande maggioranza delle) coppie italiane per il regime di separazione dei beni, che, come chi scrive ha pi  volte indicato, altro non rappresenta se non l'italica considerazione delle relazioni patrimoniali tra coniugi effettuata *in contemplation of divorce*⁴⁶.

Appare dunque evidente che l'inquadramento, sotto il profilo del diritto internazionale privato, di un contratto prematrimoniale dipender  in concreto dal tipo di accordi raggiunti dalle parti. Cos , ad esempio, un *Ehevertrag* del genere di quello stipulato dalla coppia Radmacher/Granatino⁴⁷ andrebbe considerato, per un primo verso, come attinente, per la rinuncia all'assegno divorzile, alla categoria degli accordi sulle obbligazioni alimentari, con conseguente applicabilit  del regolamento n. 4 del 2009.

42. Tramite la quale le coppie che optano in Francia per il regime di comunione universale possono stabilire che, nell'ipotesi di scioglimento per divorzio, ognuno dei coniugi riprender  gli apporti alla comunione (su tale istituto, anche per i necessari rinvii e per gli inediti raffronti con l'esperienza storica italiana, cfr. G. OBERTO, *Attualit  del regime legale*, in *Fam. e dir.*, 2019, 88 s.).

43. Per un cenno al riguardo v. *supra*, § 1, *in fine*.

44. Cfr. G. OBERTO, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, cit., 44 s., 52 s.

45. Sui relativi possibili accordi in sede di *Ehevertrag* tedesco cfr. per tutti G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., II, Milano, 2010, 2153, nota 168.

46. Cfr. G. OBERTO, *Attualit  del regime legale*, cit., 85 ss.

47. Cfr. G. OBERTO, *Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce: European and Italian Perspectives*, in AA.VV., *Party Autonomy in European Private (and) International Law*, I, Edited by I. Queirolo, B. Heiderhoff, Ariccia, 2015, 228 ss.; anche in *Contratto e impresa/Europa*, 2016, 141 ss.; ID., *Les contrats pr nuptiaux en vue d'un éventuel divorce et le rôle du notaire dans la pr determination des conséquences de la crise du couple*, in *Europa e diritto privato*, 2019, 226 ss.

Per altro e distinto verso, vale a dire per ciò che attiene alla scelta, concretamente operata da quella coppia, del regime germanico di *Gütertrennung*, esso andrebbe inquadrato nella categoria degli accordi sul regime, con conseguente applicabilità del regolamento n. 1103 del 2016⁴⁸.

A complicare la situazione vengono poi alcune considerazioni ricavabili da studi, anche autorevoli, sulla materia, dai quali parrebbe possibile, almeno a prima vista, estrapolare indicazioni per soluzioni meno frammentarie.

Così, ad esempio, quando si pone in luce, con riguardo al regolamento «Roma III», che, in sede di divorzio, «una volta venute meno le relazioni familiari da cui discende, abitualmente, l'obbligazione alimentare, le pretese fra ex coniugi sono regolate dalla legge che regola il fatto che fa venire meno (per l'appunto) la relazione familiare, affermandosi una tendenza a ricomprendere nello “statuto” del divorzio gli aspetti dell'accordo fra coniugi in occasione del divorzio ovvero del provvedimento del giudice che lo pronuncia»⁴⁹, si insinua il dubbio che il citato strumento eurounitario possa in qualche modo valere a disciplinare anche una conseguenza della pronuncia di divorzio, quale, per l'appunto, l'applicazione dell'intesa patrimoniale stipulata in via preventiva *in contemplation* di una siffatta evenienza.

In un più recente contributo internazionalprivatistico⁵⁰, poi, si adombra la possibilità che sia invece il regolamento n. 1103 del 2016 a disciplinare la questione del diritto applicabile ad ogni aspetto dei *prenups* caratterizzati dalla presenza di un elemento di estraneità.

La sostanza dello studio da ultimo citato – sia chiaro – appare assolutamente condivisibile. Così, ad esempio, è sicuramente vero che il regolamento sui regimi patrimoniali costituisce «una vera e propria “porta di entrata” della disciplina straniera, anche per profili – tra i quali rientrano i patti prematrimoniali sulla crisi dell'unione – che potrebbero non essere direttamente regolati, o addirittura non consentiti nello Stato membro dell'esecuzione. Il “veicolo” è costituito dalla scelta di una legge straniera da applicare al vincolo, ovvero da una decisione di cui sia chiesto il rico-

48. Peraltro, per ciò che attiene al capo III, la regola vale solo se i coniugi hanno contratto matrimonio o hanno designato la legge applicabile al loro regime patrimoniale successivamente al 29 gennaio 2019 (cfr. art. 69, par. 3, del regolamento n. 1103 del 2016), applicandosi in caso contrario le regole di conflitto desumibili dal combinato disposto degli artt. 29 e 30, l. n. 218 del 1995.

49. Cfr. B. NASCIMBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, 2011, 47 (e ivi ulteriori richiami).

50. Cfr. C. SILVESTRI, *op. cit.*, 497 ss.

noscimento o l'esecuzione, o ancora da un accordo stragiudiziale che li contenga, formatisi in un Paese Ue la cui legge consenta tali clausole. I regolamenti ricordati paiono consentire questa conclusione». Altrettanto condivisibile appare poi l'assunto per cui «L'ampiezza delle definizioni ricordate non contiene indicazioni che inducano a escludere dal loro novero i patti prenuziali e, del resto, la disciplina dei profili patrimoniali del vincolo e del suo scioglimento, pare trattare questi due momenti come fenomeno unitario».

Le considerazioni di cui sopra non possono, però (purtroppo, sarebbe il caso di dire), condurre alla conclusione per cui il citato regolamento del 2016 sarebbe oggi sempre e necessariamente l'unico strumento eurounitario di riferimento per i contratti prematrimoniali. Sicuramente una conclusione del genere sarebbe auspicabile *de iure condendo*, per l'evidente semplificazione che porterebbe con sé. Peraltro, *de iure condito*, se vi è un punto chiaro nel sistema dei regolamenti di cui qui si tratta, è che ciascuno di essi compie una netta opera di demarcazione del suo campo d'applicazione. In altri termini, ci troviamo – ci piaccia o meno – di fronte, in relazione ad ognuno degli strumenti normativi eurounitari che vengono qui in considerazione, ad una serie di *actiones finium regundorum* il cui esito è, inevitabilmente, proprio quel deprecabile *dépechage* di cui si è detto.

Così, il regolamento «Bruxelles II-bis» è perentorio nell'escludere dalla sua sfera d'applicazione le obbligazioni alimentari (cfr. art. 3, par. 1, lett. e)), da un lato, e gli «effetti del matrimonio sui rapporti patrimoniali o altri provvedimenti accessori ed eventuali» (cfr. il *Considerando* n. 8), dall'altro. Analogamente, il regolamento «Roma III» esclude espressamente dalla sua applicabilità tanto gli effetti patrimoniali del matrimonio (cfr. art. 1, par. 2, lett. e)), quanto le obbligazioni alimentari (cfr. art. 1, par. 2, lett. g)). *Simili modo*, il regolamento sui regimi patrimoniali delle coppie coniugate, n. 1103 del 2016 (cfr. art. 1, par. 2, lett. c)), espressamente esclude dal suo ambito d'applicazione «le obbligazioni alimentari», così rendendo del tutto evidente che non può neppure presentarsi un problema di successione dei regolamenti nel tempo, per cui possa (conclusione, questa, che quanto appena evidenziato esclude nel modo più assoluto) ipotizzarsi un'abrogazione (parziale, nella parte relativa alle conseguenze del divorzio) per incompatibilità del regolamento sulle obbligazioni alimentari (n. 4 del 2009) per effetto dell'introduzione del citato regolamento del 2016.

4. Segue. Ancora sulle difficoltà della distinzione tra profili «alimentari» e profili «di regime» nei patti prematrimoniali.

Da quanto sopra esposto deriva, dunque, che il citato (e deprecato) effetto-*dépechage* è oggi inevitabile e, di fronte ad un contratto prematrimoniale, l'interprete dovrà chiedersi se ed in quale misura tale accordo (o una parte di esso) sarà riferibile alla materia delle obbligazioni alimentari o, invece, a quella del regime patrimoniale.

La conclusione appare del resto conforme ai risultati cui perviene la dottrina straniera. Così, oltralpe si è osservato che «L'élargissement du champ matériel des conventions pré-nuptiales conduit en effet nécessairement à leur dépeçage, impliquant ainsi que les clauses relatives au régime matrimonial soient soumises à la loi applicable au régime, tandis que celles relatives à la compensation financière soient soumises à la catégorie des obligations alimentaires»⁵¹.

Non solo. Il *dépeçage* comporterà poi anche difficoltà di qualificazione delle fattispecie, nell'ipotesi di accordi prematrimoniali conclusi nel contesto di ordinamenti che, come quelli di *common law*, non distinguono (almeno tendenzialmente), neppure a livello concettuale, tra regimi patrimoniali (di cui tali sistemi non posseggono sovente neppure la nozione) e conseguenze patrimoniali del divorzio⁵².

Si noti che quella appena delineata tra obbligazioni alimentari e regimi patrimoniali costituisce una demarcazione di antica data per il diritto internazionale privato. Ad esempio, già nel caso *Van den Boogaard*, risolto nel 1997, la Corte di giustizia stabilì che una decisione emessa in una causa di divorzio e che dispone il pagamento di una somma forfettaria e il trasferimento della proprietà di taluni beni da uno dei due coniugi

51. Così E. GALLANT, *op. cit.*, 144, la quale soggiunge che «La jurisprudence française avait adopté le même raisonnement en matière de loi applicable à propos de la mise œuvre de la convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Cette jurisprudence peut parfaitement être transposée au règlement Aliments et au Protocole de La Haye qui sont venus réformer les règles de droit international privé en matière d'obligations alimentaires».

52. In questo senso cfr. E. GALLANT, *op. loc. ultt. citt.*; v. inoltre M.-L. NIBOYET, *Le remède à la fragmentation des instruments européens de droit international privé (à la lumière de la porosité des catégories «alimony» et «matrimonial property» en droit anglais*, in AA.VV., *Mélanges Bernard Audit*, Paris, 2014, 552; C. CHALAS, *Contrats de mariage et nuptial agreements: vers une acculturation réciproque? - Regards croisés entre la France et l'Angleterre (étude de droit comparé, de droit international privé et de droit interne)*, in *Journal dr. int.*, 2016, 781 ss.; L. PERREAU-SAUSSINE, *Les prenuptial agreements et les contrats de mariage: perspective franco-anglaise*, in *Droit de la famille*, n. 6, Juin 2015, 7 ss.

all'altro deve considerarsi vertere su obbligazioni alimentari e, quindi, ricompresa nella sfera d'applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, se è diretta a garantire il sostentamento dell'altro ex coniuge. Deve invece ritenersi che si verta in tema di regime matrimoniale se la prestazione mira unicamente ad operare una ripartizione dei beni tra i coniugi⁵³.

Orbene, se si pone mente alle difficoltà che sul piano teorico e pratico sorgono nella concreta applicazione di quel *discrimen*, ci si renderà pienamente conto del fatto che il ricorso al sistema del *dépechage* in questa materia potrebbe porre l'interprete dinnanzi a veri e propri rompicapo di assai difficile soluzione.

Basti pensare, tanto per citare un esempio, a tutte le volte in cui, in Italia, la parte che aveva sottoscritto un contratto della crisi coniugale prevedente il trasferimento di beni mobili o immobili al coniuge (o ex tale), ha poi cercato di svincolarsi dal relativo impegno facendo valere l'asserita nullità dello stesso per mancato rispetto delle forme prescritte dall'art. 162 c.c. Qui la giurisprudenza, posta di fronte al quesito sulla natura di convenzione matrimoniale (e dunque di accordo di regime) di tali intese, ha sempre fornito risposta negativa (negando, quindi, che per la validità di quei patti fosse richiesto il rispetto dell'atto pubblico notarile in presenza di testimoni), richiamandosi al contesto di crisi dell'unione, in cui il trasferimento era avvenuto (o era stato promesso). Proprio siffatto elemento sarebbe idoneo ad escludere la riferibilità del patto al concetto di convenzione o di accordo sul regime matrimoniale, laddove quest'ultimo tipo di intesa, detta convenzione matrimoniale, viene invece conclusa tra coniugi in relazione alla fase fisiologica, e non già patologica, della propria unione⁵⁴.

Ma il criterio appena visto non potrebbe certo funzionare nella fattispecie qui in esame, atteso che, nel presente contesto, si discute sempre di rapporti che si creano in relazione alla separazione personale o al divorzio. Il problema sarà semmai quello di vedere se detti trasferimenti, effettuati (una volta insorta la crisi) o promessi (in sede di accordo preventivo), ricadano nel versante delle obbligazioni alimentari, piuttosto che in quello del regime patrimoniale. Per rendere un'idea circa le difficoltà pratiche che potrebbero nascere basti pensare alla giurisprudenza sulle azioni revocatorie tendenti a colpire le intese traslative nella crisi coniugale, laddove i

53. Cfr. Corte di giustizia UE, 27 febbraio 1997, *Antonius van den Boogaard v Paula Laumen*, C-220/95. Sulla decisione v. anche E. GALLANT, *op. cit.*, 144.

54. Per approfondimenti sul punto G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 171 ss.

giudici faticano non poco, come noto, a far emergere la causa di mantenimento, giustamente preferendo riconoscere nei negozi in questione – sulla scorta delle indicazioni fornite da tempo dallo scrivente⁵⁵ – la presenza di una causa autonoma: una causa, tra l'altro, ben difficilmente riconducibile alla distinzione «secca» tra «sostentamento dell'altro ex coniuge» e «ripartizione dei beni»⁵⁶.

Posta di fronte a queste e a simili perplessità, la dottrina francese non esita, ad esempio, ad indicare, per i coniugi franco-britannici, l'opportunità di optare espressamente nel *contrat de mariage* per l'applicazione del diritto inglese, relativamente al regime patrimoniale, in base alla convenzione dell'Aja del 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali (peraltro non sottoscritta dal Regno Unito). Per converso, in relazione alle disposizioni che predeterminino la *maintenance* in caso di divorzio, si raccomanda di insistere sulle nozioni di «bisogni» o «risorse» dei coniugi, per far comprendere al giudice francese che si tratta di accordi che ricadono sotto il concetto di «obbligazioni alimentari»⁵⁷.

Nessun dubbio sussiste, quindi, sul fatto che le decisioni rese e gli accordi che contengano patti diretti a disciplinare l'eventuale fase della crisi del legame, anche prima del suo verificarsi, risultano «suscettibili di circolare nello spazio Ue», come affermato in dottrina⁵⁸; e ciò avverrà alle condizioni fissate dagli artt. 36 ss. (per le decisioni) e 58 ss. (per gli atti pubblici e le transazioni giudiziarie) del regolamento 1103 del 2016, relativamente ai coniugi (o ex tali), nonché 36 ss. e 58 ss. del regolamento 1104 del 2016, con riferimento ai partner (o ex tali) di unioni registrate. Ma quanto sopra avrà luogo solo relativamente ai profili «di regime pa-

55. Cfr. ad es. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 627 ss., spec. 696 ss.

56. Sul tema v. da ultimo Cass., 25 ottobre 2019, n. 27409: «Gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti reciproche attribuzioni patrimoniali e concernenti beni mobili o immobili, rispondono, di norma, ad uno specifico spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di separazione consensuale che svela una sua tipicità propria la quale, ai fini della più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., può colorarsi dei tratti dell'obiettivo onerosità piuttosto che di quelli della gratuità, in ragione dell'eventuale ricorrenza, o meno, nel concreto, dei connotati di una sistemazione solutorio-compensativa più ampia e complessiva, di tutta quella serie di possibili rapporti aventi significati, anche solo riflessi, patrimoniali maturati nel corso della quotidiana convivenza matrimoniale». La decisione è solo l'ultima di un cospicuo filone che trae ispirazione dalle tesi dello scrivente sull'esistenza, nei contratti della crisi coniugale, di una causa autonoma e tipica: cfr. G. OBERTO, *op. loc. ultt. citt.*; ID., *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c. Dalla pauliana alla «renziana»?», Torino, 2015, 99 ss.*

57. Cfr. E. GALLANT, *op. loc. ultt. citt.*

58. Così C. SILVESTRI, *op. cit.*, 500.

trimoniale» delle intese, laddove le stesse decisioni rese e gli accordi che contengano patti diretti a disciplinare l'eventuale fase della crisi del legame anche prima del suo verificarsi, per ciò che attiene ai profili attinenti alle obbligazioni alimentari (nel senso sopra precisato), circoleranno alle condizioni di cui agli artt. 16 ss. (per le decisioni) e 48 (per le transazioni giudiziarie e gli atti pubblici) del regolamento n. 4 del 2009⁵⁹.

Convenzioni con lo stesso oggetto potranno anche essere stipulate in Italia, richiamando la legge straniera che le disciplina, nei termini in cui i regolamenti ricordati lo consentano.

5. *Ulteriori particolarità del dépeçage dei patti prematrimoniali in vista del divorzio: alla ricerca di un comune denominatore internazionalprivatistico tra le varie possibili clausole di un patto prematrimoniale.*

Partendo da quanto sopra esposto circa il fatto che, all'interno dei contratti prematrimoniali, i profili attinenti alle obbligazioni alimentari (nel senso che si è cercato di chiarire) vanno tenuti distinti, ai fini dell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato, dai profili che potremmo definire come «di regime» (sempre nel senso che si è cercato sopra di chiarire), rimane una vasta galassia di altre possibili questioni oggetto d'intesa in via preventiva, che non risultano riferibili non solo al tema alimentare, ma neanche a quello della divisione o assegnazione dei beni acquistati durante la vigenza di un dato regime matrimoniale.

Potrà fornirsene in questa sede un rapido catalogo, con rinvio alle sedi più opportune per i relativi approfondimenti sul piano del diritto interno⁶⁰.

Si potranno pertanto qui ricordare, in primo luogo, le clausole volte a chiarire *a priori* la sorte di eventuali attribuzioni patrimoniali «a senso unico» eseguite in costanza di rapporto per l'acquisto di beni operati esclusivamente (o in una quota non proporzionale all'esborso effettuato)

59. Non sembra invece possibile, nel caso in esame, fare riferimento all'art. 48 del regolamento n. 2201 del 2003 (così invece C. SILVESTRI, *op. loc. ultt. citt.*) e neppure all'art. 46, posto che il citato strumento normativo è, come si è già visto, assai chiaro nell'escludere la sua applicabilità alle conseguenze patrimoniali e alimentari della crisi coniugale (v. *supra*, § 3).

60. Cfr. G. OBERTO, *Accordi prematrimoniali e contratti di convivenza*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili*, a cura di A. Cagnazzo, F. Preite e V. Tagliaferri, IV, *Tematiche di interesse notarile. Profili internazionalprivatistici*, Milano, 2015, 3 ss.

dal (futuro) ex coniuge, già in regime di separazione dei beni ed all'uno o all'altro, «intestati» in modo, per così dire, «difforme» rispetto al soggetto da cui il denaro proveniva⁶¹.

Ulteriori esempi sono ricavabili da alcuni peculiari profili di carattere patrimoniale: dalla predeterminazione del contributo del coniuge (o del partner, nel caso di contratto di convivenza) ad un'eventuale impresa familiare (con l'attribuzione in via preventiva di eventuali diritti in caso di cessazione del rapporto collaborativo e/o coniugale), alla creazione di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* a favore della famiglia, alla previsione di un *trust* familiare⁶².

Nel contesto dei rapporti qui in esame rientra, naturalmente, anche la possibilità di dedurre in condizione l'eventuale rottura del rapporto in relazione alla ripetizione di attribuzioni patrimoniali pregresse, *ad instar* di quanto effettuato dalla coppia di fidanzati cui si riferisce una nota decisione di legittimità emanata alla fine del 2012⁶³, o alla restituzione di un

61. Sul punto cfr. G. OBERTO, *Accordi prematrimoniali e contratti di convivenza*, cit., 6 s.; ID., *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, cit., 52 ss.

62. Per il diritto interno l'ammissibilità di un patto prenuziale contenente un *trust* familiare è legata al più ampio tema della configurabilità di un *trust* interno: sull'argomento, che, ovviamente non è possibile affrontare nella presente sede, si fa rinvio a G. OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in AA.VV., *Le destinazioni patrimoniali*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2014, 147 ss. Si tenga però presente che, nella specie, si sta parlando di un patto prematrimoniale che presenti elementi di internazionalità (e, come tale, per definizione non interno): elementi che andranno, dunque, comunque valutati in relazione alla convenzione dell'Aja del 1985 sul *trust*.

63. Cfr. Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 2013, 321, con nota di G. Oberto. Dalla decisione sono estrapolabili le seguenti massime (non ufficiali): «In linea generale, gli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio conclusi prima del matrimonio, così come quelli stipulati in sede di separazione consensuale e in vista del futuro divorzio, sono nulli per illiceità della causa, perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli *status* e dello stesso assegno di divorzio. Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio conclusi prima del matrimonio, così come quelli stipulati in sede di separazione consensuale e in vista del futuro divorzio, sono nulli allorquando intendono regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti; questi accordi sono invece validi nel caso in cui prevedano prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali, in un contesto in cui la crisi del rapporto viene in considerazione alla stregua di una condizione. L'accordo stipulato prima delle nozze tra i futuri coniugi, in forza del quale si prevede che la moglie cederà al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese sostenute dallo stesso per la ristrutturazione di altro immobile, pure di sua proprietà, da adibirsi a casa coniugale, non configura un'ipotesi di accordo prematrimoniale nullo per

mutuo, secondo quanto stabilito da una sentenza dell'anno successivo⁶⁴. Sarà dunque immaginabile legare l'effettuazione di un trasferimento immobiliare, o la restituzione di un mutuo prematrimoniale al «fallimento» (sempre per utilizzare la terminologia della prima di quelle due concrete coppie) del rapporto già in atto, o che sta per costituirsi tra i due⁶⁵. Quanto, poi, alla possibile previsione di trasferimenti e di costituzione di diritti a tacitazione di eventuali pretese postmatrimoniali, analogamente a quanto già ampiamente consentito dalla giurisprudenza in tema di contratti della crisi coniugale⁶⁶, siffatti negozi potranno avere nel contratto preventivo la struttura del mero impegno a trasferire (o a costituire), o, in alternativa, la struttura della traslazione o costituzione con efficacia reale, sottoposta alla condizione sospensiva della crisi coniugale.

Altri esempi di particolari accordi preventivi potrebbero essere costituiti dalle intese sulla gestione della responsabilità genitoriale, in relazione sia alla prole nascitura, che a quella già nata, che a quella che venga a porre un problema di affidamento in sede di crisi del matrimonio.

Orbene, ad avviso di chi scrive, tutti i tipi d'intesa cui si è fatto sopra riferimento, nell'ambito di questo §, sicuramente riferibili alla categoria degli accordi prematrimoniali (ovviamente, ove conclusi in epoca anteriore alla crisi coniugale, ma comunque *in contemplation* di essa), dovranno trovare il loro trattamento internazionalprivatistico nel regolamento n.

illiceità della causa, né, in particolare, per violazione dell'art. 160 c.c., ma un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 cpv. c.c.; tale intesa consiste infatti in una *datio in solutum*, in cui l'impegno negoziale assunto è collegato alle spese affrontate, e il fallimento del matrimonio non rappresenta la causa genetica dell'accordo, ma è degradato a mero evento condizionale». Per una disamina parzialmente critica cfr. G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltemaschine*, cit., 323 ss.

64. Cfr. Cass., 21 agosto 2013, n. 19304: «L'inderogabilità dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio non viene meno per il fatto che uno dei coniugi, avendo ricevuto un prestito dall'altro, si impegni a restituirlo per il caso della separazione. Che poi l'esistenza di un simile accordo si possa tradurre in una pressione psicologica sul coniuge debitore al fine di scoraggiarne la libertà di scelta per la separazione è questione che nel caso specifico non ha trovato alcun riscontro probatorio; e che comunque, ove pure sussistesse, non si tradurrebbe di per sé nella nullità di un contratto come quello in esame».

65. Cfr. G. OBERTO, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, cit., 57.

66. Cfr. G. OBERTO, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, https://www.giacomooberto.com/trasferimenti/taormina2009/relazione_oberto_taormina.htm.

1103 del 2016, se conclusi *inter coniuges*, e nel regolamento n. 1104 del 2016 se relativi a partner di un'unione registrata⁶⁷. In relazione ad essi, infatti, ben può richiamarsi la conclusione, già illustrata⁶⁸, per cui – proprio in base all'ampiezza (e al carattere potenzialmente «espansivo») delle definizioni contenute nei regolamenti citati, in merito alla nozione di regimi patrimoniali tra coniugi e rapporti patrimoniali tra partner di un'unione registrata – le questioni attinenti all'individuazione del giudice dotato di competenza giurisdizionale, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni e degli accordi relativi, nonché al diritto applicabile, andranno affrontate e risolte alla luce dei due strumenti normativi ora citati, tanto più ove si consideri la mancanza di atti normativi specifici riguardanti le peculiari intese in oggetto.

Diverso discorso potrebbe essere svolto, invece, in relazione ad un altro argomento, che ormai s'avvia a diventare un «classico» della crisi coniugale, vale a dire le clausole tendenti ad attribuire rilievo all'eventuale instaurazione di una convivenza *more uxorio*, da parte dell'uno e/o dell'altro dei (futuri) coniugi, una volta eventualmente pronunziato il divorzio. Come rilevato in altra sede⁶⁹, anche in questo caso è opportuno che le parti d'un *prenuptial agreement* s'accordino, espressamente prevedendo o, in alternativa, escludendo che la realizzazione di tale eventualità dispieghi effetti sulle attribuzioni postmatrimoniali (contributo al mantenimento del coniuge separato, assegno di divorzio, assegnazione convenzionale della casa coniugale, etc.) pattuite *ex ante*, così come su quelle che dovessero venire concordate *ex post*, o eventualmente anche determinate dal giudice, in caso di separazione o di divorzio contenziosi⁷⁰.

67. Sul peculiare tema degli accordi preventivi tra futuri partner di un'unione civile v. *infra*, § 7.

68. V. *supra*, §§ 3 e 4.

69. Cfr. G. OBERTO, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, cit., 47 s.

70. Cfr. G. OBERTO, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, cit., 59 s. Inutile rammentare che una soluzione del genere è valida alla sola condizione che, secondo la tesi di gran lunga preferibile, le prestazioni postmatrimoniali in oggetto (concernenti i rapporti tra i coniugi, così come quelle coinvolgenti la prole minorenni, a condizione che le stesse non si pongano in contrasto con l'interesse di quest'ultima) siano pienamente disponibili *inter partes*: quest'ultimo tema è sviluppato in G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 379 ss., 421 ss.; *Id.*, *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, cit., 389 ss., 495 ss. e le relative conclusioni sembrano ora accettate anche dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. la già ricordata Cass., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, cit.).

Attesa la riferibilità di questo particolare tipo di clausole alla materia del mantenimento o comunque delle prestazioni alimentari, appare chiaro che la normativa internazionalprivatistica di riferimento – a differenza di quelle sopra illustrate, nella prima parte del presente § – sarà qui quella del regolamento n. 4 del 2009.

6. *Limiti e rimedi al dépeçage dei patti prematrimoniali*

Tornando ora a considerare le situazioni nelle quali il fenomeno del *dépeçage* deve inevitabilmente trovare esplicazione con riguardo alla materia dei patti prematrimoniali, va detto che quanto sopra illustrato non deve indurre a trascurare il fatto che l'attuale sistema, pur nella sua complessità, contiene alcuni limiti e rimedi all'esplicazione degli effetti potenzialmente più «perversi» della lamentata «frantumazione» determinata dall'operatività congiunta di più strumenti normativi.

In particolare, per ciò che attiene al tema della competenza giurisdizionale, va detto che il regolamento sui regimi patrimoniali tra coniugi (n. 1103 del 2016), in presenza di un procedimento relativo alla crisi coniugale, stabilisce, all'art. 5, che «Fatto salvo il paragrafo 2, se un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro è investita di una domanda di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio ai sensi del regolamento CE n. 2201/2003, le autorità giurisdizionali di tale Stato sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi correlate alla domanda in questione», laddove il successivo paragrafo 2 condiziona tale effetto alla sussistenza di un accordo tra le parti in una determinata serie di ipotesi⁷¹. Sul versante delle

71. «Articolo 5.

Competenza in caso di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio

1. Fatto salvo il paragrafo 2, se un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro è investita di una domanda di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio ai sensi del regolamento (CE) n. 2201/2003, le autorità giurisdizionali di tale Stato sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi correlate alla domanda in questione.

2. La competenza in materia di regimi patrimoniali tra coniugi ai sensi del paragrafo 1 è condizionata all'accordo dei coniugi se l'autorità giurisdizionale investita della domanda di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio:

a) è l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel cui territorio si trova la residenza abituale dell'attore e questi vi ha risieduto per almeno un anno immediatamente prima della presentazione della domanda, conformemente all'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), quinto trattino, del regolamento CE n. 2201/2003,

unioni registrate, l'art. 5 del regolamento n. 1104 del 2016 prevede che «Se un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro è investita di una domanda di scioglimento o annullamento di un'unione registrata, le autorità giurisdizionali di tale Stato sono competenti a decidere sugli effetti patrimoniali dell'unione registrata connessi con tale caso di scioglimento o annullamento, se sussiste accordo dei partner».

Anche in relazione alle obbligazioni alimentari, disposizioni *lato sensu* analoghe a quelle sopra viste sono contenute nel regolamento n. 4 del 2009. Così, l'art. 3, lett. c), attribuisce competenza giurisdizionale anche in relazione a tali questioni all'«autorità giurisdizionale competente secondo la legge del foro a conoscere di un'azione relativa allo stato delle persone qualora la domanda relativa a un'obbligazione alimentare sia accessoria a detta azione, salvo che tale competenza sia fondata unicamente sulla cittadinanza di una delle parti». Il successivo art. 4, paragrafo 1, lett. c) i), in merito alla possibile elezione del foro, prevede che le parti possano convenire che sia competente a conoscere delle controversie tra di esse in materia di obbligazioni alimentari «l'autorità giurisdizionale competente a conoscere delle loro controversie in materia matrimoniale».

Sul versante, poi, della legge applicabile, il protocollo dell'Aja sulle obbligazioni alimentari (richiamato, come detto, dal regolamento n. 4 del 2009), prevede, all'art. 3, che, per le obbligazioni alimentari tra coniugi, ex coniugi o persone il cui matrimonio sia stato annullato, la regola dell'art. 3, secondo cui, in linea generale e tendenziale, la legge applicabile è quella dello Stato di residenza abituale del creditore, non si applichi «qualora una delle parti vi si opponga e la legge di un altro Stato, in particolare quello dell'ultima residenza abituale comune, presenti un collegamento più stretto con il matrimonio. In tal caso, si applica la legge dell'altro Stato». In ogni caso, poi, l'art. 8 consente al creditore e al debitore di alimenti di designare come applicabile «la legge designata dalle parti come applicabile

b) è l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro di cui l'attore è cittadino e questi vi risiede abitualmente e vi ha risieduto per almeno sei mesi immediatamente prima della presentazione della domanda, conformemente all'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), sesto trattino, del regolamento CE n. 2201/2003,

c) è adita ai sensi dell'articolo 5 del regolamento CE n. 2201/2003 in casi di conversione della separazione personale in divorzio, o

d) è adita ai sensi dell'articolo 7 del regolamento CE n. 2201/2003 in casi di competenza residua.

3. Se è concluso prima che l'autorità giurisdizionale sia adita per decidere su questioni inerenti ai regimi patrimoniali tra coniugi, l'accordo di cui al paragrafo 2 del presente articolo deve essere conforme all'articolo 7, paragrafo 2».

al loro divorzio o separazione personale o quella effettivamente applicata ai medesimi».

Inutile dire che il limite delle regole qui richiamate è costituito dal fatto che viene richiesto, per il loro operare, un accordo tra le parti che, per le peculiari situazioni di conflitto caratterizzanti il contesto qui in esame, assai raramente potrà riscontrarsi in pratica.

7. *Il trattamento internazionalprivatistico dei patti «pre-unione civile»*

La tendenziale equiparazione tra effetti patrimoniali del matrimonio ed effetti patrimoniali dell'unione civile, anche in relazione alla fase della crisi dell'uno e dell'altra⁷², comporta che il tema dell'ammissibilità, sul piano del diritto materiale italiano, dei contratti prematrimoniali in vista del divorzio si declini in modo assolutamente identico con riguardo all'unione civile. Anche con riferimento a quest'ultima, dunque, valgono gli stessi identici argomenti che da anni si contendono il campo pro e contro la validità di tale tipo di intese⁷³.

Ma se il discorso sul piano del diritto interno si chiude in modo così rapido, altrettanto non può dirsi per il piano del diritto internazionale privato. Qui, infatti, vi è veramente da chiedersi se e in che misura le considerazioni e le conclusioni tutte svolte nei paragrafi precedenti circa le norme di conflitto applicabili ai contratti prematrimoniali valgano anche per i contratti «pre-unione civile»⁷⁴.

La risposta a questo interrogativo appare solo parzialmente (e comunque dubitativamente) positiva.

È noto che l'attuale regime internazionalprivatistico dell'unione civile è fornito dagli artt. 32-ter, 32-quater e 32-quinquies della l. n. 218 del 1995,

72. Cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, cit., 1797 ss.

73. È dunque evidente che chi, come lo scrivente, è (da sempre) partigiano dell'ammissibilità, già *de iure condito*, dei contratti prematrimoniali, necessariamente dovrà concludere per l'ammissibilità di analogo tipo di negozio in vista della costituzione di un'unione civile: cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, cit., 1807.

74. La fantasia dei giuristi dovrà qui esercitarsi non poco per partorire una terminologia idonea a costituire un adeguato *pendant* dell'espressione «contratto prematrimoniale», atteso che quella «contratto preunitario» sembrerebbe colorarsi di sfumature, per così dire, «storiografiche» (facendo pensare ai contratti stipulati nella vigenza dei codici «preunitari», per l'appunto); i termini «contratto preunionistico» o «contratto preunionale», dal canto loro, appaiono di singolare sgradevolezza, per cui sembra giocoforza optare, come si propone nel presente lavoro, per un'espressione tipo «contratto pre-unione civile».

come inseriti dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 7 in attuazione della delega di cui all'art. 1, co. 28, lett. b), l. n. 76 del 2016 (c.d. «legge Cirinnà»)⁷⁵.

Sul punto notiamo una prima discrasia rispetto al matrimonio, per quanto attiene all'applicabilità del regolamento «Bruxelles II-bis», laddove la determinazione della legge applicabile al divorzio viene effettuata (per espresso rinvio contenuto all'art. 32-*quater* cpv. cit.) in base al regolamento n. 1259 del 2010⁷⁶.

Il mancato rinvio, invece, al regolamento «Bruxelles II-bis» apre il problema dell'operatività di tale strumento in relazione alle questioni diverse dall'individuazione della sussistenza della competenza giurisdizionale (si pensi, ad es., al tema della circolazione delle decisioni). L'art. 32-*quater*, comma 1, cit., infatti, si occupa solo della determinazione del giudice competente, richiamando le norme degli artt. 3 e 9 della legge n. 218 del 1995 e soggiungendo che la competenza giurisdizionale italiana sussiste «anche quando una delle parti è cittadina italiana o l'unione è stata costituita in Italia. I medesimi titoli di giurisdizione si applicano anche in materia di nullità o di annullamento dell'unione civile». Rimane dunque aperto l'interrogativo per tutte le questioni trattate dal regolamento «Bruxelles II-bis», ma diverse dall'individuazione del giudice dotato di competenza giurisdizionale⁷⁷.

75. Sul tema v. per tutti C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int. priv.*, 2017, 58 ss.; I. VIARENGO, *op. cit.*, 38 ss.

76. Si è notato al riguardo in dottrina (cfr. C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, 62 s.) che tale disposizione appare decisamente innovativa, atteso che essa ricorre «a una nuova forma di incorporazione di norme sovranazionali, nazionalizzando un atto che riguarda una classe di fattispecie diversa da quella qui contemplata: il regolamento riguarda infatti, nella fase patologica, il matrimonio e non già l'unione civile. In altre parole, l'incorporazione non opera in relazione a una fattispecie specificamente esclusa dalla sfera di applicazione delle norme comunitarie sebbene attinente alla materia da quelle disciplinata, ma concerne una materia differente (non matrimoniale, appunto)». La medesima dottrina, poi, rimarca che «i criteri di collegamento utilizzati dal regolamento n. 1259/2010 (residenza abituale e cittadinanza) potrebbero anche condurre a un ordinamento che non conosce l'istituto dell'unione civile e che il decreto non indica quale soluzione dovrebbe seguire il giudice italiano in una simile eventualità».

77. Cfr. ad es. quanto stabilito da una decisione di merito, che ha affermato l'applicabilità all'unione civile delle disposizioni del regolamento «Bruxelles II-bis» in materia di litispendenza internazionale (cfr. Trib. Bologna, 18 ottobre 2018, in *Guida dir.*, 16 novembre 2019, n. 47, 44), rilevando che la materia dell'unione civile è «equiparabile» a quella matrimoniale e che lo scioglimento dell'unione civile è retto, nel sistema della «riforma Cirinnà», dal rinvio alle norme sul divorzio; la sentenza non affronta, peraltro,

Non solo. Il legislatore sembra qui essersi scordato del fatto che il comma 20 dell'articolo unico della l. n. 76 del 2016 dichiara applicabili all'unione civile «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi». Ora, tra le disposizioni richiamate non possono non rientrare anche le norme dei regolamenti di fonte eurounitaria, che, tra l'altro, prevalgono rispetto alle norme interne.

Sarà dunque il citato regolamento «Bruxelles II-*bis*» a trovare applicazione con riguardo a tutti i profili relativi alla competenza giurisdizionale, circolazione delle decisioni, etc. concernenti le unioni civili⁷⁸.

Per ciò che attiene, invece, ai rapporti patrimoniali, l'art. 32-*ter*, comma quarto, cit. prevede che «I rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita. A richiesta di una delle parti il giudice può disporre l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata. Le parti possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno una di esse risiede». Successivamente, peraltro, all'approvazione della riforma in oggetto è entrato in vigore il regolamento n. 1104 del 2016 sulle convivenze registrate. La relativa disciplina, dunque, attesa la prevalenza del diritto eurounitario su quello interno, dovrà operare in relazione a tutti i profili patrimoniali, anche in vista dello scioglimento dell'unione⁷⁹, con la precisazione che le disposizioni del capo III si applicheranno solo «ai partner che hanno registrato la loro unione o che hanno designato la legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione registrata successivamente al 29 gennaio 2019», laddove

il problema discusso qui nel testo (con particolare riguardo all'art. 32-*quater* della l. n. 218 del 1995) e, soprattutto, non menziona il ricordato comma 20 della l. n. 76 del 2016.

78. La conclusione è contraria alla *communis opinio* internazionalprivatistica. Invero, anche la dottrina che ritiene che nell'ambito di applicazione del regolamento «Bruxelles II-*bis*» debba rientrare lo scioglimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso tende a non ricondurvi le *partnership* registrate. Cfr., ad es., L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, 295; M. BOGDAN, *Registered partnerships and EC Law*, in AA.Vv., *Legal recognition of Same-Sex Couples in Europe*, a cura di Boele-Woelki e Fuchs, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, 171 ss.; I. VIARENGO, *op. cit.*, 42.

79. Cfr. *supra*, §§ 3, 4 e 5.

la disposizione di cui al comma quarto cit. varrà per le coppie che hanno costituito la loro unione civile prima di tale data.

Quanto sopra non vale però per i profili alimentari, analogamente a quanto già detto per i coniugi⁸⁰. Per le obbligazioni alimentari (e le situazioni ad esse comunque riconducibili) troveranno applicazione le disposizioni di cui al regolamento n. 4 del 2009, secondo quanto disposto dal richiamo all'art. 45 della l. n. 218 del 1995 previsto dal comma quinto dell'art. 32-ter della l. n. 218 del 1995, come inserito dall'art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 7. Si dovrà ricordare che l'art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 7 ha provveduto a sostituire l'art. 45 cit. nella formulazione previgente, con il testo seguente: «art. 45. Obbligazioni alimentari nella famiglia. 1. Le obbligazioni alimentari nella famiglia sono regolate dalla legge designata dal regolamento 2009/4/CE del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, e successive modificazioni».

Concludendo sul punto, dovrà quindi osservarsi che un «perfetto» parallelismo dei patti «pre-unione civile» con i contratti prematrimoniali *inter (futuros) coniuges* si pone solo con riguardo ai profili alimentari, attesa l'applicabilità a tutti (coniugi e civilmente uniti) delle norme del regolamento n. 4 del 2009.

Per tutti i profili patrimoniali diversi, riconducibili all'ampia categoria degli «effetti patrimoniali delle unioni registrate»⁸¹, varranno invece le norme del regolamento n. 1104 del 2016, ad eccezione delle disposizioni del relativo capo III, che, come già detto, si applicheranno solo «ai partner che hanno registrato la loro unione o che hanno designato la legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione registrata successivamente al 29 gennaio 2019», laddove per le coppie che hanno costituito la loro unione civile prima di tale data varrà la disposizione di cui all'art. 32-ter, comma quarto, l. n. 218 del 1995.

80. Cfr. *supra*, §§ 3 e 4.

81. Si pensi, in particolare, alla predeterminazione degli effetti dello scioglimento del regime, ma anche a tutte le clausole descritte *supra*, nel § 5 (come, ad es., a quella diretta a dare un senso alle future ed eventuali attribuzioni patrimoniali dallo scrivente definite come «a senso unico»).

Riflessioni minimali in tema di nuclei familiari, specie in punto costituzionalità

Qualche considerazione per quanto riguarda la tassonomia dei nuclei familiari; per l'esattezza qualche considerazione circa la stabilità, dal punto di vista della lente costituzionale, della quadripartizione fra famiglia legittima tradizionale, unione civile, convivenze di fatto e convivenze *more uxorio*.

Autorevolmente¹ si è messa in discussione la “consonanza” delle diverse fattispecie indicate dalla legge ai principi costituzionali. Esemplicando si è scritto che rispetto al matrimonio difetta per le unioni civili la separazione personale; ben è vero che lo scioglimento dell'unione civile è estremamente più facile e non necessita, quindi, la separazione, ma ciò significa anche trascurare un utile meccanismo che in qualche modo sollecita un ripensamento sulla continuazione della vita familiare e da ciò qualche pur piccolo sospetto di dissonanza costituzionale²; difetta poi, per l'unione il dovere di fedeltà e di collaborazione, quasi che, freudianamente, fosse implicita una valutazione di instabilità per l'unione civile. Sorprende, poi, la non corrispondenza se si pongono a confronto l'art.230 bis con il ter (non è compreso il lavoro nella famiglia, ridotti sono i poteri organizzativi, manca la prelazione). Si è concluso per una legislazione confusionaria.

Bonilini³, in particolare, lamenta dal punto di vista costituzionale il “depotenziamento” dei valori della famiglia di cui alla Carta e una correlativa ipervalutazione delle formazioni sociali di cui all'art.2 della Carta (art.1 comma 1 L.76). Ma su questo punto il giurista non potrebbe che chiamare in causa il sociologo, trattandosi di un percorso storico di tipo socio-economico di cui non si può non prendere atto.

1. G. BONILINI, in AA.VV., *Tratt. di dir. di famiglia*, Torino, 2017, 3 ss.
2. *Contra* C.M. BIANCA, in AA.VV., *Le Unioni civili e le convivenze*, Torino, 2017, 5.
3. *Tratt. cit.*, 9.

Le forti critiche collegate alla riforma sono tutte vere dal punto di vista della tecnica legislativa⁴ senza contare le confusioni relative all'“indotto”⁵, mentre a mio parere dal punto di vista sostanziale la quadripartizione è “adeguata”(pur con le sue incertezze, si badi, in tema di coerenza) ad una situazione sociale in trasformazione, una situazione relativa ad un Paese che ha radici di cattolicesimo profonde, tradizionalmente ostili a forme familiari anomale; nel contempo la storia, si sa, “accelera” per cui i cambiamenti di costume e di mentalità avvengono in tempi sempre più rapidi.

Nel contempo gli stessi fondamenti della dottrina cattolica sono in qualche modo in fase di trasformazione con la rivoluzione bergogliana; per quanto riguarda la famiglia - ricordo - emerge una visione particolare (“nel matrimonio “la fedeltà nella libertà”, le soluzioni casuiste relative alla posizione dei divorziati risposati in ordine alla riammissione ai sacramenti...)⁶. Uno scenario che ricorda le considerazioni di Harari⁷.

Esiste per altro un fondamentale avvicinamento fra l'impianto costituzionale italiano in tema di grandi principi etici⁸ e la moderna dottrina della Chiesa⁹.

A questo punto è ragionevole pensare che il punto di vista costituzionale sia il seguente: il regime attuale è conforme ai principi della Carta nel senso – e solo nel senso – che, in ragione della situazione storica della società italiana prima descritta, esso si pone, pur con le incertezze di cui prima, come un regime di transizione, “preparatorio” di un esito finale in cui conviveranno, con pari dignità e “sostanziale” equiparazione di disciplina, due sole forme di famiglia: quella fondata tradizionalmente sul matrimonio (quali che siano i sessi) e quella di libera convivenza, perfettamente aderenti al “diritto naturale progressivo”¹⁰.

4. Ancora G. BONILINI, *op. cit.*, 9.

5. Mi riferisco alle complicazioni relative alla pubblicità per le pattuizioni di vario tipo relative alle convivenze di fatto oppure *more uxorio*, su cui v. per tutti C. COPPOLA, in AA.Vv., *Tratt. di dir. di famiglia* cit., 766 ss.

6. Non si comprende appieno il senso di questo punto di svolta, se non si ha a mente il senso di rottura che la chiesa tradizionale ravvisava nel percorso della modernità; su questo aspetto v. bene R. VIVARELLI, *I caratteri dell'età contemporanea*, Bologna, 2005, 251-252.

7. *Homo deus. Breve storia del futuro*, Milano, 2018, 221 ss.

8. Diritto naturale secolarizzato, v. sul punto ampiamente F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, Milano, 1983, I, 17, la cui critica, però, a Wieacker non appare convincente.

9. V. *infra* la nt. successiva.

10. V. sul punto le sempre penetranti pagine di G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, 1970, III, 404-405 sia per quanto riguarda la Chiesa sia per quanto riguarda il pensiero laico.

Un eventuale rinvio per problemi di costituzionalità della L. 76/2016 al Giudice delle Leggi, in quest'ottica, dovrebbe essere risolto nell'ambito di quella categoria generica di pronunce con le quali la Corte cerca di allontanare nel tempo gli effetti caducatori di una sua decisione di accoglimento; categoria molto ampia delle quali, senza approfondimenti e in maniera non esaustiva, ricordo quelle in cui si auspica la revisione legislativa, quelle monitorie di "costituzionalità provvisoria", quelle di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, di incostituzionalità differita¹¹.

Si è detto di una costituzionalità "sostanziale" collegata ad aspetti di transitorietà; la limitazione di cui sopra ovviamente non esclude problemi di incostituzionalità "lateral", così ad esempio per quanto riguarda i gravi, già ricordati problemi di incertezza collegati alla pubblicità immobiliare concernente i beni dei conviventi di fatto.

11. V. *amplius* C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per le decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013, 217 ss.

Seconda sezione
Successioni transfrontaliere

Il quadro normativo introdotto dal Regolamento UE n. 650/2012 sulle successioni transfrontaliere

SOMMARIO: 1. Uno sguardo generale al Regolamento UE n. 650/2012. – 2. La residenza abituale del defunto. – 2. Regimi successori e regimi patrimoniali dei coniugi. – 3. I patti successori nella prospettiva del diritto eurounitario. – 4. L'introduzione del certificato successorio europeo.

1. *Uno sguardo generale al Regolamento UE n. 650/2012*

Il Regolamento UE n. 650/2012 (d'ora in poi, anche, Regolamento successioni) attua l'ambizioso progetto di armonizzare, a livello europeo¹, la disciplina delle successioni per causa di morte cd. transfrontaliere, sotto il profilo dell'individuazione della legge applicabile e del giudice competente.

In estrema sintesi, le novità più interessanti introdotte dal Regolamento sono le seguenti:

- a. la preferenza accordata al criterio della «residenza abituale» (nella specie, del defunto al momento della morte) per l'individuazione della legge applicabile e del giudice competente per le successioni cd. transnazionali (artt. 6 e 21);
- b. l'apertura alla *professio iuris*, potendo il defunto, nel testamento o con altra disposizione a causa di morte, scegliere come legge che regola la sua successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte (art. 22);
- c. l'accoglimento, in determinati casi, del fenomeno del rinvio, finora escluso dai regolamenti (art. 34)²: più precisamente, quando il Rego-

1. L'armonizzazione coinvolge più precisamente gli Stati aderenti al Regolamento, tra i quali si contano però importanti assenze. Regno Unito, Irlanda e Danimarca hanno infatti scelto di non partecipare, pertanto andranno considerati Stati terzi ai fini del Regolamento.

2. V. art. 20 Reg. Roma I, art. 24 Reg. Roma II, art. 11 Reg. Roma III. La proposta della Commissione escludeva il rinvio. V. le critiche a questa prima Proposta di C. NOURISSAT,

- lamento prescrive l'applicazione della legge di uno Stato terzo, esso si riferisce all'applicazione delle norme giuridiche in vigore in tale Stato, comprese le norme di diritto internazionale privato, nella misura in cui tali norme rinviino alla legge di uno Stato membro o alla legge di un altro Stato terzo che applicherebbe la propria legge. Il rinvio è però escluso nel caso in cui la legge sia applicabile in forza di *professio iuris*;
- d. la preferenza, in linea di massima, per il principio dell'unità della successione, per cui si adotta un criterio di collegamento unico per l'intera successione, compreso il momento divisorio, qualunque sia la consistenza ereditaria e ovunque siano situati i beni (art. 23, par. 1): l'obiettivo dell'unità della successione non può essere raggiunto in forza del meccanismo del rinvio, quando la legge applicabile sia di uno Stato terzo (come il Regno Unito) che adotta invece un criterio scissionista (legge del domicilio per i beni mobili, *lex rei sitae* per i beni immobili)³;
 - e. l'adozione di criteri per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere in linea con le soluzioni già fatte proprie dal Regolamento Bruxelles I, sì da facilitare la continuità delle situazioni giuridiche legate ad una successione ed evitare l'instaurarsi di nuovi procedimenti (Capo IV);
 - f. l'attuazione del principio della libera circolazione degli atti pubblici redatti in uno Stato membro nello spazio giuridico della UE, con la medesima efficacia esecutiva e probatoria, senza necessità di ulteriori formalità (artt. 59 e 60);
 - g. un'attitudine favorevole alla successione per contratto;
 - h. l'introduzione del certificato successorio europeo.

2. *La residenza abituale del defunto*

Il Regolamento UE n. 650/2012, applicabile alle successioni apertesi a partire dal 17 agosto 2015, ha introdotto quale criterio di individuazione della legge applicabile alle successioni per causa di morte la residenza abituale del defunto al momento della morte. Per l'Europa si è trattato di un'innovazione di grande significato pratico applicativo: milioni di persone abitualmente residenti fuori del proprio Paese d'origine, in Stati europei

Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne, in Defrénois, 2010, n. 39072, 404.

3. Per un'applicazione concreta, v. la recente Cass., sez. un., 5 febbraio 2021 n. 2867.

la cui disciplina interna di diritto internazionale privato precedentemente vigente si riferiva al criterio della cittadinanza del defunto⁴, hanno subito un mutamento della legge applicabile alla propria vicenda successoria.

L'impiego del termine "subire" non vuole intendere un peggioramento della condizione giuridica dei soggetti interessati, bensì allude al repentino e verosimilmente inconsapevole mutamento di regime giuridico che coinvolge la persona in un ambito d'interesse, ovvero le sorti del proprio patrimonio per il tempo successivo alla morte, particolarmente delicato, che riflette più di altri i valori di una comunità e quindi risente maggiormente dei fattori di differenziazione nella disciplina normativa, a seconda della diversa sensibilità sociale, religiosa, politica ed economica.

Se da un lato la residenza abituale è prediletta dal legislatore europeo⁵ per la sua idoneità a valorizzare il radicamento della persona nel luogo in cui dimora, promuovendone l'integrazione anche a livello normativo, d'altro canto viene valorizzata la legittima aspirazione di un cittadino straniero di conservare lo statuto successorio della propria terra d'origine, in continuità con le generazioni che lo hanno preceduto, e tale risultato è garantito dal riconoscimento della facoltà di scelta della legge applicabile ai sensi dell'art. 22 Reg. La scelta della legge applicabile costituisce infatti il primo criterio di collegamento⁶: tanto è garantita la *professio iuris* dell'interessato che, in mancanza di diversa previsione, essa è, ai sensi del Regolamento, riferita al diritto sostanziale del Paese prescelto, e non alle

4. È il caso dell'Italia, in cui l'art. 46 L. 218/95, formalmente ancora in vigore, è ora da ritenersi implicitamente abrogato per l'entrata in vigore del sopravvenuto Regolamento europeo n. 650/12.

5. Il primo impiego di tale nozione del campo dei conflitti di leggi risale alla Convenzione dell'Aja del 1902 sulla tutela dei minori. Per qualche applicazione recente, cfr. l'art. 4, par. 2, della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980; gli articoli 4, paragrafi 1 e 2, l'art. 5, paragrafi 1 e 2, l'art. 6, par. 1, l'art. 7, paragrafi 2 e 3, l'art. 10, par. 2, e l'art. 11, par. 4, del regolamento Roma I. Cfr. A. ZANOBETTI, *La residenza abituale nel diritto internazionale privato: spunti di riflessione*, in *Liber Amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, II, Napoli, 2019, 1361.

6. Si tratta di una novità importante (ancorché già presente nella Convenzione dell'Aja del 1989 sulla legge applicabile alle successioni, che non è mai entrata in vigore), in quanto il principio di libera scelta della legge applicabile al proprio statuto personale è un'acquisizione recente, ancora rifiutata in molti ordinamenti. In materia, P. KINSCH, *Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen*, in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales* (a cura di Panet, Fulchiron e Wautelet), Bruxelles, 2017, 16; P. WAULETEL, *Autonomie de la volonté et concurrence réglementaire – le cas des relations familiales internationales*, in *Vers un statut européen de la famille*, Paris, 2014, 313 ss.

sue disposizioni di diritto internazionale privato. In altri termini, viene escluso il rinvio, si dà evitare che si finisca in tal modo con l'applicare le leggi sostanziali di uno Stato diverso.

La novità portata dal Regolamento UE n. 650/2012 si coglie anche nei riguardi dei tanti cittadini italiani – ed europei in generale – abitualmente residenti all'estero, la cui successione sarà retta dal Paese nel quale hanno deciso di stabilire il centro dei propri interessi, a prescindere dal fatto che tale Paese abbia o meno aderito alla regolazione europea. La portata universale del Regolamento successioni fa sì che le autorità nazionali potrebbero dovere applicare normative di Paesi terzi, salvo il limite estremo della contrarietà all'ordine pubblico internazionale. Vale la pena osservare, a tale proposito, come una situazione analoga avrebbe potuto verificarsi anche sotto il previgente regime di diritto internazionale privato: il secondo comma dell'art. 46 L.it. d.i.p. prevede infatti che “il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione alla legge dello Stato in cui risiede”. Si precisa poi che “la scelta non ha effetto se al momento della morte il dichiarante non risiedeva più in tale Stato”, ma soprattutto si puntualizza che “nell'ipotesi di successione di un cittadino italiano, la scelta non pregiudica i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della cui successione si tratta”.

Ritenendo ora necessario disapplicare tali disposizioni, per la prevalenza del diritto eurounitario, viene meno anche la clausola di salvezza dei diritti dei legittimari residenti in Italia; in conformità poi della sempre più diffusa opinione secondo cui la tutela dei riservatari non assurgerebbe a principio di ordine pubblico internazionale⁷, occorre concludere che laddove un cittadino italiano risiedesse abitualmente in uno Stato il cui ordinamento non riconosce alcun diritto di legittima (come è comune nell'area di *common law*), nessun diritto sarebbe riservato ai suoi prossimi congiunti in Italia. E allo stesso modo dovrebbe concludersi con riguardo ai parenti più prossimi di un cittadino di uno Stato che ignora la legittima, abitualmente residente in Italia con la famiglia, che avesse optato per l'applicazione della sua legge di cittadinanza. Certamente la concreta soluzio-

7. Cfr. V. BARBA, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 336; Id., *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, 207; E. CALÒ, *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, I, p167; G. PERLINGIERI, *Il «discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 671 ss.; G. PETRELLI, *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e legatari*, in *Notariato*, 2005, 212.

ne applicabile andrà individuata caso per caso, tenendo conto di tutte le possibili variabili, potendo in alcune circostanze giungersi a conclusioni diverse. Così, ad esempio, accadrebbe per la successione a causa di morte di un cittadino italiano abitualmente residente nel Regno Unito (che già prima e a prescindere dalla Brexit non aveva aderito al Regolamento UE n. 650/2012, dovendosi considerarsi a questi fini alla stregua di un Paese terzo), proprietario di beni mobili e immobili sia in Inghilterra sia in Italia. In mancanza di un' *optio iuris*, la legge applicabile ai sensi del Regolamento, e dunque per tutti i Paesi che vi hanno aderito è quella inglese, la quale però adotta un criterio scissionista, in forza del quale per il patrimonio mobiliare si applica la legge dello Stato di domicilio del defunto, mentre per il patrimonio immobiliare si applica la *lex rei sitae*. Come è stato recentemente chiarito dalle sezioni unite della Cassazione, tale situazione determina l'apertura di due distinte successioni, interamente regolate da due leggi differenti. Sugli immobili in Italia, in particolare, potranno far valere i propri diritti, con gli strumenti giudiziali interni, i legittimari del *de cuius*, quale che sia il luogo di residenza.

Tornando ora alla scelta della residenza abituale, essa si allinea a una tendenza diffusa dell'Unione europea, che da anni predilige questo criterio di collegamento, ancorchè meno certo della cittadinanza, siccome più aderente a un obiettivo di integrazione sociale e legislativa. La definizione dei confini del concetto di residenza abituale è tutt'altro che semplice, trattandosi di una nozione di fatto, da accertarsi caso per caso, originale e autonoma rispetto alle comuni sedi delle persone conosciute nei singoli Stati membri. Nella prospettiva italiana, e sulla base di quanto si evince dai *Considerando*⁸, la residenza abituale s'avvicina più al concetto di domicilio

8. Così esemplifica il *Considerando* n. 24: "In taluni casi può risultare complesso determinare la residenza abituale del defunto. Un caso di questo genere può presentarsi, in particolare, qualora per motivi professionali o economici il defunto fosse andato a vivere all'estero per lavoro, anche per un lungo periodo, ma avesse mantenuto un collegamento stretto e stabile con lo Stato di origine. In un siffatto caso si potrebbe ritenere che il defunto, alla luce delle circostanze della fattispecie, avesse ancora la propria residenza abituale nello Stato di origine in cui è situato il centro degli interessi della sua famiglia e della sua vita sociale. Altri casi complessi possono presentarsi qualora il defunto fosse vissuto alternativamente in più Stati o si fosse trasferito da uno Stato all'altro senza essersi stabilito in modo permanente in alcuno di essi. Se il defunto era cittadino di uno di tali Stati o vi possedeva tutti i suoi beni principali, la sua cittadinanza o il luogo in cui sono situati tali beni potrebbero costituire un elemento speciale per la valutazione generale di tutte le circostanze fattuali". Non esiste invece nel testo del cd. Regolamento successioni, come degli altri atti normativi europei, una definizione puntuale di residenza abituale, che si preferisce mantenga il suo carattere fluido.

che a quello di residenza: essa può essere definita come il luogo in cui sono prevalentemente dislocati interessi, rapporti e affari della persona, secondo dunque un criterio di prevalenza che esclude la possibilità, salvo casi di scuola, di una pluralità di residenze abituali. Questa essendo la residenza abituale, sembra del tutto ultroneo e fuorviante il disposto dell'art. 21, Regolamento successioni che dopo avere fissato al par. 1 il criterio generale della residenza abituale, al secondo paragrafo afferma che "Se, in via eccezionale, dal complesso delle circostanze del caso concreto risulta chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello la cui legge sarebbe applicabile ai sensi del paragrafo 1, la legge applicabile alla successione è la legge di tale altro Stato". È corretto affermare che verosimilmente il Paese con il quale si hanno collegamenti più stretti è quello della residenza abituale.

Quest'ultima invero non coincide con l'attuale dimora, non richiede la presenza fisica, e nemmeno presuppone necessariamente una minima continuità o durata nella permanenza. Anche il Regolamento UE n. 1103/2016 in materia di competenza, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, valorizza il criterio della residenza abituale, precisando all'art. 26, par. 1, che in mancanza di un accordo sulla scelta della legge, la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi è la legge dello Stato "della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio". Sennonché questa uniformità di soluzioni è soltanto apparente, in quanto il concetto in questione va inteso in maniera relativa, assumendo un significato non soltanto autonomo rispetto alle normative nazionali, ma anche diverso a seconda dei contesti in cui è impiegato. Per esempio, la nozione di residenza abituale del minore (magari neonato), ovvero di una persona non del tutto autonoma e soggetta alla direzione e alla cura genitoriale, sarà probabilmente differente rispetto a quella di residenza abituale del defunto, così come sono evidenti le peculiarità di una residenza abituale riferita a una coppia.

Ciò che più di ogni altra cosa sembra rilevare per l'individuazione della residenza abituale è l'elemento, di non semplice percezione, dell'intensità del legame che unisce la persona con il territorio, risultando ben più palese il diverso elemento, da ritenersi invece insignificante, della registrazione amministrativa della presenza sul territorio, attraverso l'Anagrafe. Così come di limitata importanza è l'elemento della durata della permanenza della persona nello Stato. Analogamente a quanto vale *mutatis mutandis* per la residenza di diritto interno, il concetto di abitualità non presuppone necessariamente un protrarsi nel tempo dello stato, dovendo invece

al contrario affermarsi che una pur duratura permanenza potrebbe non determinare l'acquisizione della residenza abituale se i dati oggettivamente percepibili rivelano il mantenimento di un legame più stretto con il Paese di provenienza. L'abitudine, è da ritenere, è rivelata anche dall'intenzione manifesta e inequivoca di eleggere altrove il centro principale dei propri affari, interessi e relazioni, e in tal caso l'acquisto della residenza abituale potrebbe essere immediato⁹. Se così è, il cittadino tedesco che raggiunta l'età della pensione recede dal contratto di locazione dell'immobile in cui viveva in Germania, apre un conto corrente in Spagna, acquista una villetta in Casta Brava in un agglomerato abitato da suoi connazionali, organizza un trasloco e vi si trasferisce, potrà considerarsi abitualmente residente in Spagna sin dal principio. Laddove per disgrazia dovesse morire pochi giorni dopo il trasferimento, la sua successione sarebbe retta dalla legge spagnola. Quanto esposto potrebbe essere utile per risolvere un altro dilemma, questa volta attinente alla residenza abituale dei coniugi.

Immaginiamo una giovane coppia di cittadini italiani che ha convissuto *more uxorio* per anni in Italia. Uno dei due vince una borsa di studio biennale presso un'Università olandese, pertanto decidono di trasferirsi entrambi nei Paesi Bassi, salvo poi rientrare in Italia al termine del biennio. Per ragioni pratiche decidono di contrarre matrimonio: volendo condividere l'esperienza con la famiglia, si sposano in Italia, ma dopo neanche un mese si trasferiscono. Sulla base di quanto sopra riferito, non è affatto detto che non possa rintracciarsi una prima residenza abituale dopo la conclusione del matrimonio (che fungerebbe da criterio di collegamento per l'individuazione della legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali ai sensi del Regolamento UE n. 1103/2016). L'abitudine potrebbe evincersi, a prescindere dalla limitata permanenza in Italia dopo il matrimonio, dalla pregressa duratura presenza, che rivela un'intenzione oggettiva.

3. *Regimi successori e regimi patrimoniali dei coniugi*

Per quanto attiene alle regole sulla competenza, il Regolamento UE n. 1103/2016 opportunamente attua un coordinamento con il Reg. successioni, prevedendo che "se un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro è adita in merito alla successione di un coniuge ai sensi del Regolamento UE n. 650/2012, le autorità giurisdizionali di tale Stato sono competen-

9. Così, per esempio, A. ZANOBETTI, *La residenza abituale nel diritto internazionale privato: spunti di riflessione*, 1400.

ti a decidere sulle questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi correlate alla causa di successione in questione” (art. 4).

Nonostante siffatta concentrazione di competenza, sotto il profilo della legge applicabile non è affatto detto che vi sia coincidenza tra la legge applicabile alla successione e la legge applicabile al regime patrimoniale della famiglia. La prima è quella dello Stato di residenza abituale del defunto al momento della morte, salvo che quest’ultimo abbia optato per la sua legge nazionale in un atto di ultima volontà; la seconda è quella fissata dall’art. 26 (*in primis*, la legge dello Stato della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio o, in mancanza la legge dello Stato della cittadinanza comune dei coniugi al momento della conclusione del matrimonio o, in mancanza, la legge dello Stato con cui i coniugi presentano assieme il collegamento più stretto al momento della conclusione del matrimonio, tenuto conto di tutte le circostanze), salvo che i coniugi non si siano avvalsi della facoltà di scelta della legge applicabile ai sensi dell’art. 22.

La diversità di leggi applicabili non rappresenta in sé e per sé un problema, salva la necessità di delineare con esattezza che cosa attiene al profilo successorio e che cosa attiene al profilo matrimoniale: si tratta, in altri termini, di individuare l’esatto ambito applicativo dei diversi regolamenti europei.

L’ambito di operatività del Regolamento successioni è inequivocabilmente dichiarato nel primo articolo, secondo cui “il presente regolamento si applica alle successioni a causa di morte”¹⁰, cui s’aggiunge la precisazione del secondo paragrafo che sono esclusi dall’ambito di applicazione del presente Regolamento “le questioni riguardanti i regimi patrimoniali tra coniugi e i regimi patrimoniali relativi a rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio” (lett. *d*). Specularmente il Regolamento UE n. 1103/2016 “si applica ai regimi patrimoniali tra coniugi” (art. 1), definiti come “l’insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei coniugi tra loro e rispetto ai terzi in conseguenza del matrimonio o del suo scioglimento” (art. 3, comma 1, lett. *a*).

Senonché, dal momento che la morte è anche causa di scioglimento del matrimonio, qualche rischio di sovrapposizione può porsi. Volgendo lo sguardo al diritto italiano, un dubbio potrebbe profilarsi con riguardo,

10. Da intendersi, secondo la definizione datane dall’art. 3, par. 1, come “qualsiasi modalità di trasferimento di beni, diritti e obbligazioni a causa di morte, che si tratti di un trasferimento volontario per disposizione a causa di morte ovvero di un trasferimento per effetto di successione legittima” (lett. *a*).

per esempio, all'acquisto differito dei proventi dell'attività separata dei coniugi conseguente allo scioglimento della comunione legale. Il dubbio può essere subito fugato, in base alla constatazione che nonostante la coincidenza cronologica tra morte del coniuge e acquisto *de residuo*, la morte non si pone quale causa giustificativa dell'acquisto, che trova invece il proprio fondamento causale nel regime di comunione dei beni: la morte è, al pari delle altre ipotesi di scioglimento del regime legale, il momento temporale da cui decorrono gli effetti della comunione residuale. Allargando la prospettiva ad altri ordinamenti, maggiori incertezze circondano il regime tedesco della *Zugewinnngemeinschaft*, assimilabile a una separazione dei beni con previsione di un conguaglio per gli incrementi patrimoniali conseguiti dai coniugi durante la vita matrimoniale, esigibile al momento del suo scioglimento. Si prevede tuttavia che quando il regime viene meno per morte di un coniuge, il conguaglio si converte nel diritto del coniuge superstite a un incremento forfettario di un quarto della sua quota di legittima (par. 1371 BGB). Come qualificare tale maggiorazione ai fini che qui interessano? Del problema si è discusso anche in Germania, dove infine è parsa prevalere l'opinione che si tratti di un acquisto non ereditario: è solo per ragioni pratiche, per evitare cioè complesse operazioni contabili, che l'incremento viene tramutato in una quota di eredità, ma la sua natura non subisce variazioni, conservando la sua essenza di effetto precipuo dello scioglimento del regime legale¹¹. Sembrerebbe in fin dei conti poco razionale qualificare diversamente tale incremento (acquisto per successione a causa di morte o acquisto *inter vivos*) a seconda della ragione che determina la fine del regime patrimoniale. La questione è stata oggetto di trattazione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea, a cui è stato chiesto sostanzialmente di chiarire se tale maggiorazione potesse essere o meno menzionata in un certificato successorio europeo, con gli effetti propri che ne conseguono, sulla base della premessa che nel CSE siano menzionabili esclusivamente acquisti *mortis causa*. Discostandosi dall'opinione prevalente nella dottrina tedesca, la Corte UE ha pragmaticamente optato per la natura *mortis causa* dell'incremento, consentendo così di poter certificare l'intero acquisto¹², ma sorvolando sull'evidente

11. BGH, 13 maggio 2015, IV ZB 30/14.

12. Corte UE, 1° marzo 2018, C-558/16, caso *Mahnkopf*, al cui punto 43 si legge che "il conseguimento degli obiettivi del certificato successorio europeo sarebbe considerevolmente ostacolato, in una situazione quale quella di cui al procedimento principale, nel caso in cui detto certificato non comprendesse l'informazione completa relativa ai diritti del coniuge superstite concernenti la massa ereditaria". Per un approfondimento,

difficoltà di coordinamento con il Regolamento UE n. 1103/2016 che come si diceva, applicandosi ai regimi patrimoniali tra coniugi intesi come “l’insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei coniugi tra loro e rispetto ai terzi in conseguenza del matrimonio o del suo scioglimento”, sembrerebbe doversi estendere anche a un acquisto che, pur avendo le fattezze di una quota del patrimonio ereditario, è una conseguenza dello scioglimento di uno specifico regime patrimoniale.

In applicazione della pronuncia della Corte UE, occorre oggi trarre le seguenti conclusioni. Immaginiamo una coppia di nazionalità tedesca coniugata in Germania nel 2019, che decide dopo alcuni anni di trasferirsi in Italia, dove uno dei due muore. La successione sarà regolata dalla legge italiana, il regime patrimoniale dalla legge tedesca, essendo la Germania il luogo di prima residenza abituale comune dopo il matrimonio. In mancanza di qualsiasi scelta diversa, la coppia è soggetta al regime legale della *Zugewinnngemeinschaft*, ma il coniuge superstite non potrà ottenere l’incremento in termini di maggior quota ereditaria, trattandosi di un diritto per causa di morte ignoto al diritto italiano¹³.

4. *I patti successori nella prospettiva del diritto eurounitario*

A livello europeo s’assiste a una linea di tendenza favorevole alla successione per contratto. Già nella Comunicazione sulla successione nelle piccole e medie imprese del marzo 1998 la Commissione europea invitava espressamente l’Italia, la Spagna, la Francia, il Belgio e il Lussemburgo a valutare eventuali modifiche alla propria normativa in materia di patti successori, «perché la loro proibizione complica inutilmente una sana

sia consentito il rinvio a I. RIVA, *L’impatto del Regolamento UE 650/2012 sull’ordinamento italiano*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, I, *Esperienze italiane*, a cura di S. Scola e M. Tescaro, Napoli, 2019, 51 ss.

13. In dottrina si è suggerito che in un’ipotesi simile ci si potrebbe avvalere della clausola di salvezza contenuta nel par. 1371 BGB secondo cui “quando il coniuge non è erede”, invece della maggiorazione della quota, ha diritto a un conguaglio in denaro calcolato sulla base dell’effettivo incremento patrimoniale maturato dal coniuge defunto nel corso della vita matrimoniale. L’espressione “non è erede” potrebbe essere intesa come “non è erede ai sensi del BGB”: applicandosi il diritto successorio italiano, il coniuge non sarebbe erede e potrebbe beneficiare del conguaglio in denaro, pacificamente qualificabile come effetto dello scioglimento del regime patrimoniale, e dunque soggetto alla legge tedesca: così, E. LORENZ - F. GAMILLSCHEG, *Die Bewältigung des § 1371 BGB durch das IPR*, in *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts*, Berlin, 1969, 65 ss.

gestione patrimoniale»: l'invito è stato accolto in diversa misura da diversi Stati membri, e in Italia ha condotto nel 2006 all'introduzione del patto di famiglia. Il Regolamento Successioni, dopo un'esplicitazione dell'obiettivo di "agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti per effetto di un patto successorio" (*Considerando* n. 49), sancisce che "un patto successorio avente a oggetto la successione di una sola persona è disciplinato, per quanto riguarda l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, comprese le condizioni di scioglimento, dalla legge che, in forza del presente regolamento, sarebbe stata applicabile alla successione di tale persona se questa fosse deceduta il giorno della conclusione del patto" (art. 25). La disposizione va intesa nel senso che il patto successorio legittimamente concluso conserva la sua validità anche se il suo autore al momento della morte risiede in uno Stato che non ammette i patti successori.

Esemplificando, un cittadino italiano abitualmente residente in Germania potrà validamente concludere un patto successorio istitutivo, avente ad oggetto anche beni situati in Italia, che regolerà la sua successione, ancorchè essa dovesse poi risultare soggetta alla legge italiana. Fintanto che egli risiede in Germania, anche un notaio italiano non potrà rifiutare la richiesta di ricevere il contratto successorio. Le autorità nazionali dovranno riconoscere valore alla delazione contrattuale, e per tutto quanto concerne la disciplina del patto, ovvero ad esempio la validità formale e il tipo di effetti prodotti, occorrerà consultare la legge tedesca. Parimenti sarà quest'ultimo ordinamento a chiarire i rapporti tra il patto successorio e un eventuale testamento successivo incompatibile, in termini di eventuale revocabilità.

Non osta a simili conclusioni il limite costituito dall'ordine pubblico internazionale¹⁴. Lo stesso Regolamento UE n. 650/2012 riconosce che

14. Esso è dalla giurisprudenza definito come "quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta Costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale siccome immanenti ai più importanti istituti giuridici quali risultano dal complesso delle norme inderogabili provviste del carattere di fundamentalità che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative, tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia" (Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Fam. dir.*, 2007, 1113, con nota di E. De Feis e F. Tommaseo, *Contrarietà all'ordine pubblico del diritto islamico di riconoscere i figli naturali*; Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040, in *Riv. d.i.p.*, 2007, 157; Cass., 7 dicembre 2005, n. 26976, *ivi*, 2006, 1053; Cass., 26 novembre 2004, n. 22332, *ivi* 2005, 771; Cass., 6 dicembre 2002, n. 17349, in *Foro pad.*, 2003, 1, c. 62; Cass.,

“L’applicazione di una disposizione della legge di uno Stato designata dal presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l’ordine pubblico del foro dell’autorità giurisdizionale o di altra autorità competente che si occupa della successione” (art. 35), ma svariati argomenti si schierano contro la riconducibilità del divieto di patti successori entro quel novero di quei principi e valori fondamentali e irrinunciabili dell’ordinamento giuridico. Da un lato, si esclude che il divieto abbia copertura costituzionale¹⁵, dall’altro s’assiste da tempo a un suo indebolimento, sia per una generale messa in discussione dei valori che lo assistono, sui quali sembrerebbe invece primeggiare l’opposto interesse alla preventiva pianificazione ed attuazione di uno stabile passaggio generazionale delle ricchezze, sia per alcune novità legislative, in materia societaria¹⁶ e successoria¹⁷.

Proseguendo nella casistica, dovrà ritenersi parimenti valido il patto successorio meramente obbligatorio stipulato dal cittadino italiano abitualmente residente in Germania, salvo poi chiedersi quale sorte potrebbe avere l’eventuale testamento stipulato in Italia, una volta che il testatore abbia trasferito qui la sua residenza abituale, attuativo dell’obbligo nascente dal patto. Mi parrebbe conforme all’attuale ordinamento nazionale e sovranazionale ritenere valido il successivo testamento, redatto in esecuzione di un valido vincolo obbligatorio.

5. *L’introduzione del certificato successorio europeo*

Tra le novità più rilevanti ed apprezzabili del Regolamento n. 650/2012 v’è la creazione del «certificato successorio europeo», un documento di

13 dicembre 1999, n. 13928, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3571; Cass., 19 febbraio 1991, n. 1709, in *Dir. eccl.*, 1991, II, 333; Cass., 11 gennaio 1988, n. 67, in *Giust. civ.*, 1988, I, 966; Cass., 5 aprile 1984, n. 2215, in *Riv. not.*, 1986, 149; Cass., 14 aprile 1980, n. 2214, in *Foro it.*, 1980, I, 1303).

15. Cfr. G. BONILINI, *Attualità del «divieto di patti successori»?*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 348; R. CALVO, *I patti successori*, in *Dir. succ. e donaz.*, a cura di G. Perlingieri - R. Calvo, I, Napoli, 2008, 14, nota 7; P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto di patti successori*, in *Vita not.*, 1993, 1281; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto di patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 8.

16. Cfr. artt. 2355 *bis* e 2469 c.c., che legittimano clausole statutarie con causa successoria.

17. S’allude all’introduzione del patto di famiglia, che pur non essendo propriamente un patto successorio istitutivo, realizza interessi meritevoli di tutela confliggenti con la ratio del divieto di patto successorio.

legittimazione rilasciato da una pubblica autorità (in Italia, un notaio), grazie al quale soggetti coinvolti a vario titolo in successioni per causa di morte (nella specie, eredi, legatari, esecutori testamentari e amministratori di eredità) aventi collegamenti transfrontalieri potranno più agevolmente far valere la propria qualità e i propri poteri. Il certificato è infatti riconosciuto in ciascuno Stato aderente, senza alcuna formalità, e può essere riconosciuto, alla stregua di un atto pubblico o di un provvedimento giurisdizionale (a seconda dell'autorità e del procedimento di rilascio) anche da Paesi terzi¹⁸.

Benchè la questione sia controversa, è da ritenere che il CSE possa essere rilasciato soltanto in presenza di qualche esigenza che ne giustifica un impiego presso un altro Stato membro, il che porta a concludere che non possa essere richiesto in caso di successioni meramente interne. Una parte della dottrina¹⁹ ha sollevato una questione di disparità di trattamento o, più esattamente, di discriminazione a rovescio, in quanto per effetto del Regolamento taluni cittadini italiani possono usufruire di uno strumento efficace di tutela dei propri diritti, negato ad altri, per la ragione che l'Italia (fatta eccezione per i territori dove vige il sistema tavolare, come si vedrà a breve) non prevede alcuna procedura ufficiale per l'accertamento della qualità di erede. Sulla base di questa lettura sarebbe possibile per alcuni rilasciare il CSE anche in mancanza di elementi di internazionalità, interpretando la normativa europea in maniera costituzionalmente orientata, mentre secondo altri sarebbe contrastante auspicabile un intervento normativo di adeguamento, che estenda il CSE a tutte le successioni.

Contro l'idea di una discriminazione a rovescio si potrebbe tuttavia obiettare che questa discriminazione in realtà non opera sulla base della cittadinanza, bensì su un complesso di circostanze di fatto, andando a colpire indifferentemente cittadini italiani e non, pertanto non paiono sussistere i presupposti sulla cui base s'è costruita la teoretica del "discriminazioni a rovescio"²⁰. Da qui la convinzione che non sia opportuno emettere certificati successori europei per successioni meramente interne: se è vero che ai sensi del Regolamento ciò non è consentito, a un even-

18. La Pretura di Lugano, ad esempio, ha riconosciuto certificati successori europei rilasciati da notai italiani alla stregua di provvedimenti di volontaria giurisdizione.

19. R. BARONE, *Il certificato successorio europeo*, cit., 427; D. DAMASCELLI, *Nasce il certificato successorio europeo*, in *Guida al dir.*, n. 1, 2015, 99; e ancora D. RESTUCCIA, *Il certificato successorio europeo: un esempio di discriminazione alla rovescia?*, in *Notariato*, 2015, 142 ss.

20. Sia qui consentito il rinvio a I. RIVA, *Certificato successorio europeo. Tutele e vicende acquisitive*, Napoli, 2017, 70.

tuale CSE emesso fuori dell'area di legittimità non sarebbe possibile riconoscere quegli effetti probatori e sostanziali propri dello strumento europeo; ma poiché tale circostanza non è immediatamente percepibile da chi entra in contatto con il CSE, il rischio è di creare un affidamento nei terzi circa la qualità di erede di chi è menzionato nel certificato, che potrebbe essere smentito nei fatti, senza potersi avvalere degli effetti protettivi propri del cse.

L'introduzione del CSE non elimina i precedenti documenti di legittimazione della qualità ereditaria impiegati nei singoli Stati membri. In Paesi quali la Germania, ma anche l'Italia limitatamente ai territori in cui vige il sistema tavolare, il CSE convive con i certificati nazionali di competenza giurisdizionale²¹: in proposito la Corte di Giustizia UE ha recentemente chiarito che le regole sulla competenza fissata dal Regolamento successioni, secondo cui sono competenti in via esclusiva gli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte, ha portata generale, riferendosi anche all'emissione dei certificati nazionali d'eredità o di legato, quando siano di competenza di organi giurisdizionali²².

Quanto invece ai notai italiani che si limitano ad emettere atti di notorietà, essi non esercitano funzioni giudiziarie né possono essere qualificati come «organi giurisdizionali», non agendo su delega e neppure sotto il controllo di un'autorità giudiziaria²³, pertanto non sono soggetti alle regole sulla competenza del Regolamento successioni.

Con riguardo all'Italia se ne trae la conseguenza che laddove il *de cuius* risiedesse abitualmente all'estero al momento della morte, i giudici tavolari non potranno rilasciare il certificato d'eredità, nemmeno se nell'eredità vi sono immobili situati in Italia. Tale conclusione reca con sé qualche difficoltà nella misura in cui per la legge tavolare il certificato d'eredità è titolo per l'intavolazione dell'acquisto a causa di morte, adempimento pubblicitario obbligatorio – al fine di garantire la continuità delle iscrizioni

21. Le prerogative del certificato italiano di eredità, come recita l'art. 21, r.d. 28 marzo 1929 n. 499 (nel testo sostituito dall'art. 17 l. 29 ottobre 1974 n. 594), è quella di far «presumere ad ogni effetto la qualità di erede». Esso è anche titolo per l'intavolazione dell'acquisto ereditario.

22. Corte UE, 21 giugno 2018, c. 20/17, caso *Oberle*, che sottolinea come la soluzione proposta si allinea all'aspirazione di fondo del Regolamento di garantire una coincidenza tra legge applicabile e giudice competente: non soltanto il certificato successorio europeo, ma anche il certificato d'eredità nazionale, andrà chiesto al giudice che, in linea di principio, applica la propria legge.

23. Cfr. da ultimo Corte UE, 16 luglio 2020, Causa C-80/19, caso *Teismas*.

sul libro fondiario – quando nell’eredità siano compresi beni immobili (art. 13 r.d. 499/29, cit.).

Potrebbe allora immaginarsi il caso del signor Tizio, cittadino italiano proprietario di diversi immobili in provincia di Trieste, abitualmente residente in Francia. Alla sua morte, i suoi eredi avranno l’obbligo di procedere con l’intavolazione dell’acquisto *mortis causa*, ma sarà loro preclusa la possibilità di richiedere al giudice tavolare un certificato nazionale d’eredità. In alternativa, la legge riconosce altri titoli idonei all’intavolazione, quali una sentenza dichiarativa dello *status* d’erede, il che però impone all’erede di instaurare un vero e proprio procedimento giurisdizionale. Una soluzione di gran lunga preferibile sarebbe l’accoglimento generalizzato del certificato successorio europeo quale valido titolo per l’intavolazione (e più in generale per la pubblicità nei pubblici registri), equipollente al certificato giudiziale. In questa direzione si è espresso di recente il Tribunale di Tribunale di Trieste, affermando a chiare lettere che il certificato successorio europeo è titolo per l’intavolazione dell’acquisto *mortis causa* nei libri fondiari, al pari del certificato d’eredità o di legato emesso dal giudice tavolare²⁴.

24. Trib. Trieste, uff. giudice tavolare, 8 maggio 2019, in *Dir. succ. fam.*, 2020, 737, con nota di I. Riva, *Certificato successorio europeo, certificati nazionali e pubblicità degli acquisti mortis causa*.

La revisione del codice civile: semplificazione ereditaria e certificato successorio¹

Il disegno di legge delega per la revisione del codice civile, d’iniziativa governativa, n. 1151, fra gli Atti del Senato, non si concentra, com’è noto, soltanto su temi classici del diritto delle obbligazioni e dei contratti, ma si propone di intervenire anche in settori diversi, come il diritto di famiglia e le successioni per causa di morte.

In quest’ultimo, più ristretto, ambito il disegno di legge immagina, all’art. 1, lett. e), che il Governo sia “delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della (presente) legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: ... e) introdurre misure di semplificazione ereditaria, in conformità al certificato successorio europeo”.

Per certo, l’ambito delle integrazioni al codice così immaginato tocca temi di nicchia, in apparenza nuovi per l’ordinamento nazionale, ma purtuttavia non può non apprezzarsi la valutazione che è alla base della proposta: la circolazione dei beni esige, nella società attuale, strumenti moderni anche per la prova – con una formula di sintesi – della qualità di erede.

Anzitutto e in via preliminare, meritano di essere segnalati i confini della prospettata novella.

La lettera della disposizione impiega, invero, due locuzioni – semplificazione ereditaria e conformità al certificato successorio europeo – come se si trattasse di una endiadi.

In realtà, semplificazione ereditaria è una nozione incerta, rispetto alla quale l’introduzione di un certificato successorio rappresenta – con una valutazione benevola sul piano interpretativo – soltanto uno fra i tanti possibili contenuti.

1. Il saggio trovasi già pubblicato nel sito dell’Associazione civilisti italiani, tra gli Atti del Convegno “Il diritto patrimoniale – una rivisitazione: le revisioni” e viene qui ripubblicato per gentile concessione del Presidente dell’Associazione.

Per altro verso, non è dubbio che l'odierno sistema successorio abbia bisogno – accanto a riforme strutturali delle regole sulla tutela dei legittimari e sulle successioni legittime, oltreché sulle vocazioni testamentarie – di interventi riformatori anche nella parte generale.

Si pensi alla oramai indilazionabile abrogazione dell'art. 473 c.c., che tuttora impone alle persone giuridiche l'accettazione delle eredità con beneficio d'inventario e che rappresenta un relitto normativo, come si è già segnalato, generando soltanto costi amministrativi e vivaci contenziosi, spesso animati da meri interessi patrimoniali.

Si pensi, ancora, a tutta la disciplina sul beneficio di inventario, immaginato quale fenomeno marginale, ma oggi assai diffuso, che troppo delude i creditori invece di offrire ad essi una equilibrata protezione.

Purtuttavia, la delega non sembra abbracciare interventi di semplificazione che siano estranei all'introduzione di un certificato successorio, perché la “conformità al certificato successorio europeo” rappresenta, al contempo, sia criterio di esercizio della delega sia, ed altresì, mezzo di individuazione dei confini propri alla delega normativa.

Anche se la semplificazione ereditaria rimane un ambito di intervento legislativo cui sarebbe opportuno estendere una seria riflessione.

Così fissati i confini del prefigurato intervento legislativo, conviene manifestare da subito una valutazione favorevole rispetto alla proposta di introdurre nell'ordinamento interno un certificato successorio nazionale: in tale senso militano una pluralità di ragioni concorrenti.

Lo strumento consente di adeguare la realtà normativa alla odierna realtà sociale ed economica, che registra una sempre meno agevole identificazione degli eredi. Invero, la crescente frequenza della circolazione delle persone e l'aumento delle ricchezze individuali, insieme al superamento del modello classico della successione legittima, rendono non più realistico il ricorso allo strumento dell'atto di notorietà, il quale si fonda sulla conoscenza di un dato storico in un ambiente predeterminato, ma non ha un intrinseco valore probatorio.

Al contempo, lo strumento consente di adeguare la realtà normativa interna a quella diffusa negli ordinamenti continentali, dove un certificato successorio, quale mezzo di prova della qualità di erede, esiste da lungo tempo, come in Germania e in Austria, oppure è stato introdotto di recente, come in Francia.

Si adegua, ancora, la realtà normativa interna a quella europea non solo prevenendo discriminazioni alla rovescia, ma piuttosto evitando distonie sistematiche ad esempio quanto alla trascrizione degli acquisti per causa di morte, in relazione ai quali oggi si ritiene – addirittura, in ambito

tavolare – che il certificato successorio europeo sia titolo sufficiente per dare corso alla esecuzione della pubblicità immobiliare.

Più in generale, poi, l'introduzione di un certificato successorio consentirebbe di superare – sia pure non in modo compiuto – la odierna dicotomia, di diritto interno, tra regime generale di impianto francese, privo di strumenti dedicati alla prova della qualità di erede, e regime vigente nei territori dove è stato mantenuto il sistema pubblicitario dei libri fondiari, dove esiste tuttora il certificato di eredità, di derivazione austriaca, concepito in funzione servente rispetto alla intavolazione degli acquisti per causa di morte.

Su un piano più ampio, ancora, la novella legislativa potrebbe cercare di risolvere una pluralità di problemi – dalla pubblicità degli acquisti per causa di morte alla tutela dei terzi acquirenti dall'erede apparente –, oggi più rilevanti che nel passato.

La novella prospettata contribuirà, insomma, a colmare una lacuna del nostro ordinamento, che gli interpreti segnalavano da molto tempo e che l'Italia sembrava voler affrontare già quarant'anni fa, quando ratificò la Convenzione dell'Aja, risalente al 1973, rimasta però senza attuazione.

L'odierna proposta di integrazione del codice civile appare, allora, meritevole di una valutazione per ogni profilo positiva. La bozza di legge delega sembra fissare due soli principi da rispettare nella elaborazione dei decreti delegati. Da un lato, l'introduzione del certificato successorio dovrà avvenire nell'ambito di una revisione e integrazione del codice civile. D'altro lato, il certificato successorio dovrà essere modellato sul calco del certificato successorio europeo.

I due criteri direttivi si risolvono, così, in una indicazione topografica e nella individuazione del modello cui il nuovo istituto dovrà conformarsi.

La collocazione del certificato successorio nel corpo del codice civile appare soluzione condivisibile: il legislatore francese seguì, con la riforma del 2002, proprio la stessa strada, dedicando all'*acte de notoriété* in materia successoria – equivalente ai certificati di eredità con matrice tedesca o austriaca – i nuovi artt. 730 ss. del *code civil*.

Del resto, lo strumento ha una portata generale, perché non si limita a individuare eredi e legatari, ma anche e più in generale i soggetti cui sono attribuiti compiti genericamente gestori e dei beni ereditari, sicché la sua collocazione nel codice civile appare coerente rispetto alle funzioni che gli sono assegnate.

Proprio questa constatazione induce, anzi, a ritenere che la novella dovrebbe essere collocata nella parte generale del libro secondo del co-

dice civile: preferibilmente, quindi, nel titolo primo, fra il capo primo e il capo nono.

La collocazione più coerente sarebbe alla fine del titolo, con la creazione di un nuovo capo, verosimilmente prima o dopo il nono, in ogni caso prima di quello dedicato ai legittimari. Impropria sembra, invece, una collocazione nei titoli dedicati alle successioni legittime e a quelle testamentarie, perché lo strumento ha una natura generale, che prescinde dal titolo della delazione. Altrettanto impropria sembra, poi, una collocazione nel titolo quinto, perché, di nuovo, lo strumento prescinde dalla divisione ereditaria ed anzi ben spesso sarà emesso in un momento anteriore. Forse la collocazione più corretta potrebbe essere subito prima del capo nono, dedicato alla petizione di eredità, perché esso sarebbe seguito e non preceduto dalla disciplina sulla tutela degli acquirenti dall'erede apparente, soprattutto alla luce del nesso tra effetti del certificato successorio e condizione soggettiva degli aventi causa dall'erede apparente.

Più articolate sono le considerazioni suggerite dal principio sostanziale fissato nella bozza di legge delega: la necessaria conformità del certificato successorio al certificato successorio europeo.

Su un piano generale – per dir così, negativo – l'introduzione di un certificato successorio nazionale, quale strumento di semplificazione ereditaria, potrebbe forse consentire di immaginare l'abrogazione del certificato d'eredità rilasciato nei territori dove tuttora si applica il regime pubblicitario dei libri fondiari.

La soluzione non sarebbe sconcertante, perché consentirebbe di favorire l'unitarietà dell'ordinamento civile, che l'interprete non può trascurare. Anzi, questa soluzione consentirebbe di superare la singolarità attuale, dove il certificato successorio europeo è un titolo alternativo al certificato di eredità per l'intavolazione degli acquisti per causa di morte di beni siti nei territori dove si applica il sistema tavolare.

Sul piano strettamente tecnico un siffatto intervento legislativo suscita l'interrogativo del rispetto dei confini propri alla delega, che non parla di sistema tavolare: purtuttavia, non può non rilevarsi che si tratterebbe in ogni caso – come recita la legge delega – di una semplificazione ereditaria.

Né troppo peso dovrebbe attribuirsi alla circostanza che l'abrogazione della disciplina sul certificato di eredità dovrebbe comportare una parallela revisione della legge tavolare nelle disposizioni dedicate alla pubblicità degli acquisti per causa di morte.

In questa prospettiva, quindi, sarebbe opportuno – ma non indispensabile – che la legge delega venga arricchita con la precisazione che l'intro-

duzione del nuovo istituto debba comportare l'abrogazione dell'odierno certificato di eredità con i necessari adattamenti della legge tavolare.

In positivo, la conformità al certificato successorio europeo implica che il certificato interno dovrà essere costruito sulla falsariga dello strumento europeo.

Il criterio della conformità non significa, peraltro, che lo strumento nazionale dovrà rappresentare una replica di quello europeo: in altre parole, non sarà possibile importare nel codice civile le disposizioni dettate dal regolamento 650/2012 UE.

Anche questa soluzione merita di essere condivisa: su un piano minuto, perché il regolamento europeo impiega una tecnica legislativa assai lontana dallo stile del codice; sul piano sistematico, perché previene i dubbi interpretativi che può generare l'importazione testuale di norme provenienti da ordinamenti diversi, soprattutto ove tali norme vengano successivamente novellate nel sistema di provenienza.

All'opposto, la conformità al certificato successorio europeo va intesa come rispetto di tutti i principi fondanti le regole di matrice europea.

Probabilmente, lo stesso principio non implica necessario rispetto di tutte le regole dettate per l'attuazione in Italia del regolamento 650/2012 UE e segnatamente nello spicchio dedicato al rapporto con il sistema tavolare, ma suggerisce il necessario rispetto delle scelte caratterizzanti la attuazione.

In concreto, il riferimento al modello del certificato successorio europeo significa che la novella del codice civile dovrà rispettare tutti i principi fondanti della disciplina europea: dalla necessità di una domanda ai contenuti di istanza e certificato, dagli effetti propri dello strumento alla revocabilità dell'atto.

Inoltre, sembra che potrà replicarsi anche la soluzione già prescelta per l'attuazione in Italia del regolamento 650/2012: la attribuzione ai notai della competenza al rilascio, con un intervento giurisdizionale soltanto nella eventuale fase di reclamo.

Su un piano più minuto potrà immaginarsi di ricalcare l'impianto prescelto dal Regolamento n. 650/2012, magari operandone uno snellimento linguistico ed evitando ridondanze.

A tale scopo, anzi, potrebbe recuperarsi qualche spunto dalla disciplina sul certificato di eredità, per certo più asciutta e più snella. Alcune previsioni potrebbero, anzi, non essere riprodotte, perché inutilmente gravose e perché concepite nella prospettiva della circolazione europea: così è per l'impiego necessario di modelli; così è per taluni contenuti, molto puntuali, di domande e certificato; così è per la durata temporalmente limitata delle

copie autentiche del certificato. Alcune previsioni meriterebbero, invece, di esser utilmente adattate.

Quanto alla competenza per il rilascio, meriterebbe dettare una disciplina rigida, scegliendo ad esempio il luogo di apertura della successione.

Quanto agli effetti del certificato, ne andrebbe operato in modo espresso il necessario coordinamento con la disciplina generale sugli acquisti dall'erede apparente, prevedendo che la buona fede si presume in chi si affida alle risultanze del certificato successorio.

Inoltre, saranno opportuni alcuni chiarimenti, pur se ai confini della delega.

In primo luogo, sarà prudente prevedere la pubblicità del certificato successorio nel registro delle successioni, come si immaginava in un disegno di legge mai approvato.

In secondo luogo, sarà opportuno intervenire sui titoli per la trascrizione degli acquisti per causa di morte, attribuendo al certificato successorio questa efficacia. Anzi, sarà ragionevole attribuire al certificato successorio la natura di titolo esclusivo per l'esecuzione di tali formalità pubblicitarie.

Da ultimo, sarà quanto mai utile estendere la legittimazione a richiederlo anche ai creditori, qui del defunto e/o dell'erede.

Dubbia appare, invece, la previsione di quelli che sono stati chiamati "contenuti eventuali", come la dichiarazione di accettazione dell'eredità o gli accordi per la reintegrazione della legittima.

Si tratta, infatti, di negozi di diritto privato, estranei alla funzione certificatoria, che è tipica del certificato successorio.

Da ultimo, sarà necessario provvedere al coordinamento non solo con la legge tavolare, ma anche con leggi speciali, come quella sui masi chiusi o quella sul debito pubblico.

Insomma, l'introduzione del certificato successorio appare necessaria per modernizzare l'ordinamento civile e utile per favorire la circolazione di beni e diritti ereditari, ma costituisce per certo una riforma non priva di snodi problematici e difficoltà attuative. Donde, in particolare, lo stimolo anzitutto a un qualche ampliamento della delega, sì da ricomprendere in modo esplicito le materie prossime, come la disciplina delle regole sull'erede apparente, la pubblicità immobiliare, il registro delle successioni.

Le Autrici e gli Autori

GIORGIO BARALIS, Notaio.

ELEONORA BAZZO, Notaio in Torino, Ph.D. in *Corporate Governance*.

MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ, Professoressa titolare di Diritto Civile, Università di Almería.

ROBERTO GARETTO, Assegnista di ricerca, Università di Camerino.

GIACOMO OBERTO, Magistrato in Torino.

FABIO PADOVINI, Professore ordinario di Diritto Privato, Università di Trieste.

ILARIA RIVA, Professoressa associata di Diritto Privato, Università di Torino.

LUCIA RUGGERI, Professoressa ordinaria di Diritto Privato, Università di Camerino.

STAMPATO IN ITALIA
nel mese di ottobre 2021
da Rubbettino print
88049 Soveria Mannelli (Catanzaro)

L'opera raccoglie gli atti di un Convegno tenutosi l'8 novembre 2019 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino, dedicato all'impatto per le famiglie transfrontaliere dell'entrata in vigore dei Regolamenti UE n. 1103 e 1104 del 2016 rispettivamente in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate, e del Regolamento UE n. 650 del 2012 sulle successioni internazionali.

Ilaria Riva è professoressa associata di Diritto Privato nell'Università degli Studi di Torino. Ha pubblicato, da ultimo, *Certificato successorio europeo. Tutele e vicende acquisitive*, Esi, 2017 e *Il patto di famiglia*, in *Commentario al Codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli, 2021.

ISBN 978-88-7590-187-5



9 788875 901875

€ 13,00